

**UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**

**UNIDAD DE POST-GRADO**

**La cancelación de la medida cautelar en el Código  
Procesal Civil**

**TESIS**

**Para optar el Grado Académico de Doctor**

**AUTOR**

**Oscar Nazir Solimano Heresi**

**Lima – Perú**

**2012**

A la memoria de mis padres, Italo Solimano Figallo y Aurora  
María Heresi Heresi

A Zulma, mi amada

A Valeria, Leonardo y Tomás

A mis profesores de la Unidad de Postgrado de la Facultad de  
Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de  
San Marcos, con profundo agradecimiento, quienes me dieron  
las herramientas necesarias para poder cuestionar el  
ordenamiento jurídico y proponer mejoras a través de la  
investigación científica; que considero es uno de los mejores  
caminos para promover el perfeccionamiento jurídico en nuestro  
sistema y en el de otras naciones.

Al señor Dr. Hector Lama More, compañero del doctorado, quien  
acogió mi inquietud académica sobre la necesidad de reformar el  
artículo 630 del Código Procesal Civil, en la propuesta de  
modificación que se realizó mediante el Decreto Legislativo N.º  
1069.

**Resumen** de la Tesis titulada “La cancelación de las medidas cautelares en el Código procesal civil.

El trabajo de investigación gira en torno a relevar lo que acontecía en el ámbito normativo con la anterior regulación del artículo 630 del Código Procesal Civil que establecía la cancelación de pleno derecho de la medida cautelar cuando se obtenía una sentencia absolutoria para el demandando en primera instancia, aún cuando esta resolución no fuese firme, es decir, existiendo un proceso judicial en trámite.

Cuando iniciamos nuestra investigación estábamos cuestionando la que a mi juicio constituía una inadecuada regulación del artículo 630 del Código Procesal Civil, que no se encontraba acorde con la finalidad que debía tener una medida cautelar dentro de un proceso judicial en trámite, ya sea de cognición o de ejecución, dado que el contenido normativo estaba ocasionando graves perjuicios a la parte demandante cuando finalmente lograba obtener una sentencia estimatoria en las instancias superiores en forma definitiva, ésta resultaba inejecutable; violentándose el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva a que tiene derecho todo justiciable, dado que una sentencia firme no puede ser una declaración lírica sin eficacia, como consecuencia de las maniobras evasivas de la parte demandada para ponerse a buen recaudo jurídico ante la cancelación automática de la medida cautelar trabada oportunamente.

En este sentido, resultaba un contrasentido que la medida cautelar sea cancelada de pleno derecho cuando el demandante obtenía una sentencia desestimatoria en primera instancia; teniendo en cuenta que la finalidad primordial de toda medida cautelar es hacer posible o viabilizar la eficacia y el cumplimiento de la decisión definitiva que vaya a recaer en el proceso judicial de obtener un resultado favorable, lo cual nos advierte que la finalidad del proceso no es asegurar el resultado de la instancia judicial, sino del proceso hasta su conclusión.

Para poder realizar la investigación se realizó un estudio de la parte general de las medidas cautelares en el ordenamiento procesal civil y así, he podido apreciar algunos temas que podrían ser mejorados en la regulación actual del Código Procesal Civil, como es una más amplia regulación respecto de la determinación de los daños ocasionados por las medidas cautelares cuando el proceso ha concluido en sentido desfavorable para el demandante con resolución firme.

Finalmente, creo que el objetivo central de este trabajo ha sido el reflexionar sobre uno de los temas importantes de la teoría cautelar en el ordenamiento procesal civil que es el relacionado con su vigencia, por lo que fruto de ello, he procurado definir las principales posiciones doctrinarias a nivel nacional y extranjero, así como realizando un estudio de la regulación nacional como extranjera en varios ordenamientos procesales civiles.

**Summary** of the thesis entitled "The cancellation of the precautionary measures in the Code of Civil Procedure.

The research centers on relieving what was happening at the policy level with the previous regulation of Article 630 of the Civil Procedure Code providing for the full extinction of the injunction when it obtained an acquittal for the defendant in the first instance even though this statement was not strong, ie, existing legal proceedings pending.

When I started the research I was questioning which I believe was an inadequate regulation of Article 630 of the Civil Procedure Code, which was not consistent with the purpose that should have an injunction in a pending judicial proceeding, either cognition or implementation, as the normative content was causing serious harm to the plaintiff when he finally managed to obtain a judgment by the higher authorities in final form, it was unenforceable; violated the right to effective judicial protection they are entitled to all litigants, given that a final judgment can not be a lyrical statement without efficacy, as a result of evasive maneuvers of the defendant to be legal safely before the automatic cancellation of the injunction promptly locked.

In this sense, it was a contradiction that the injunction be canceled and void when the plaintiff obtained a judgment dismissing on the first level court, taking into account that the primary purpose of an interim measure is to make possible or feasible and effective enforcement final decision will rest with the legal process of obtaining a favorable outcome, which warns us that the purpose of the process is not to ensure the outcome of the courts, but the trial ended

In order to perform the research I studied the general part of the precautionary measures in the Peruvian civil procedural system and thus, I have seen some issues that could be improved in the current regulation of the Civil Procedure Code, as is a more extensive regulation regarding determination of the damages caused by the precautionary measures when the process is complete unfavorably to the plaintiff with firm resolve.

Finally, I think that the main objective of this work was to reflect on one of the most important issues of prudential theory of civil procedure that is related to the duration of the injunction, so the result of this, I have tried to identify key positions doctrinal nationally and abroad, as well as a studied the domestic and the foreign regulations in several civil procedural rules.

## **PRESENTACIÓN**

En la actualidad, la investigación se ha constituido en un tema ineludible debido a que define el perfil de las instituciones académicas y de sus alumnos, asimismo, constituye el recurso y la estrategia competitiva de las organizaciones de toda índole y determina el grado de prosperidad de las naciones y de las personas; de allí la importancia que debemos dar al desarrollo de nuestro proyecto de investigación como instrumento de desarrollo y mejoramiento del ordenamiento jurídico en nuestro país, así como de especialización en el estudio e investigación de un tema tan importante como es la cancelación de la medida cautelar en el ordenamiento procesal civil.

Se tiene como objetivo principal dar a conocer lo que acontecía en el ámbito del Código Procesal Civil con la cancelación de la medida cautelar existiendo un proceso judicial en trámite, toda vez, que cuando iniciamos nuestra investigación estábamos cuestionando la que a mi juicio constituía una inadecuada regulación del Artículo 630 del Código Procesal Civil, que no se encontraba acorde con la finalidad que debía tener una medida cautelar dentro de un proceso de cognición o único de ejecución, dado que el texto normativo que contenía dicho dispositivo legal estaba ocasionando graves perjuicios a la parte demandante cuando lograda obtener recién sentencia estimatoria en la instancia superior en forma definitiva, ésta resultaba inejecutable; violentándose el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva a que tiene derecho todo justiciable, dado que una sentencia firme no puede ser una declaración lírica sin eficacia jurídica, como consecuencia de las maniobras evasivas de la parte demandada para ponerse a buen recaudo jurídico ante la cancelación automática de la medida cautelar trabada oportunamente.

En este sentido, resultaba un contrasentido que la medida cautelar sea cancelada de pleno derecho cuando el demandante obtenía una sentencia desestimatoria en primera instancia; teniendo en cuenta que la finalidad primordial de toda medida cautelar es hacer posible o viabilizar la eficacia y el cumplimiento de la decisión definitiva que vaya a recaer en el proceso judicial de obtener un resultado favorable, lo cual nos advierte que la finalidad del proceso no es asegurar el resultado de la instancia judicial, sino del proceso hasta su conclusión.

Por ello, la tesis doctoral titulada: “La Cancelación de las Medidas Cautelares en el Código Procesal Civil” está constituida principalmente de tres partes; que se ha esquematizado de la forma siguiente: Primera (marco teórico, doctrinario y normativo jurídico), Segunda Parte (investigación empírica del problema con el método de investigación jurídico social) y la Tercera Parte, referido al aporte que se le puede brindar al derecho con relación al tema investigado sobre las medidas cautelares.

Siguiendo la misma línea de concebir a la medida cautelar como un instrumento clave en el éxito del proceso de cognición, el procedimiento o incidente cautelar debe estar delimitado con la mayor prolijidad posible para evitar abusos de los justiciables y errores en su debida aplicación, tanto por los abogados como por los jueces.

Además, para poder realizar la investigación se realizó un estudio de la parte general de las medidas cautelares en el ordenamiento procesal civil y así, he podido apreciar algunos temas que podrían ser mejorados en la regulación actual del Código Procesal Civil, como es una más amplia regulación respecto de la reparación de los daños ocasionados por las medidas cautelares cuando el proceso ha concluido en sentido desfavorable para el demandante con resolución firme, que los expongo para el correspondiente debate.

Finalmente, creo que el objetivo central de este trabajo es reflexionar sobre uno de los temas importantes de la teoría cautelar en el ordenamiento procesal civil que es el relacionado con su vigencia, por lo que fruto de ello, he procurado definir las principales posiciones doctrinarias a nivel nacional y extranjero, así como realizando un estudio de la regulación nacional como extranjera en el ordenamiento procesal civil.

Diciembre, 2012

## Índice

	<b>Páginas</b>
<b>PRESENTACIÓN</b>	1-2
<b>ÍNDICE</b>	3-11
<b>PRIMERA PARTE: MARCO TEÓRICO Y DOCTRINARIO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN</b>	12
<b>1. El problema jurídico social</b>	12
1.1. Enunciado del problema jurídico social: La cancelación de la medida cautelar	12-14
1.2 Formulación del Problema	14
<b>2. Fundamentación del problema para el derecho</b>	15-19
3. Definición de la materia genérica jurídica: la cancelación de la medida cautelar en el CPC.	19
3.1 Cancelación de las medidas cautelares	19-21
3.2 Definición de la materia específica jurídica: la cancelación de la medida cautelar en el CPC.	22-25
<b>4. Análisis de las corrientes teóricas jurídicas y doctrinarias jurídicas vigentes sobre el problema</b>	25
4.1. La función jurisdiccional cautelar	25-27



4.4.1. La tutela judicial efectiva en las medidas cautelares	27-32
4.4.2. La acción cautelar	32-34
4.5 Definición de medida cautelar	35-40
4.5.1. Características de las medidas cautelares	40-48
4.5.2 Presupuestos de las medidas cautelares	48-64
<b>5. Análisis de la evolución histórica del problema en la legislación jurídica Nacional</b>	64
5.1. Antecedentes históricos	64
5.2. Antecedentes legislativos del Artículo 630 del C.P.C.	64-66
<b>6. Análisis de la jurisprudencia nacional sobre el problema</b>	66
<b>7. Análisis de la legislación jurídica comparada vigente sobre el problema</b>	67
7.1. Nueva Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil de España	68-75
7.2. Código Procesal Civil y Comercial de Argentina	76
7.3. Código de Procedimientos Civiles de Venezuela	76-77
7.4. Código de Procedimiento Civil de Chile	77-78
7.5. Código de Procedimiento Civil de Colombia	78-80

7.6. Código de Proceso Civil de Brasil	80
7.7. Código Procesal Civil de Paraguay	81
7.8. Código General del Proceso de Uruguay	81-82
7.9. Código Federal de Procedimientos Civiles de México	82-83
<b>SEGUNDA PARTE: EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN</b>	83
1. El Problema de Investigación	85
1.1. Planteamiento del Problema de Investigación	85
1.1.1. Introducción	85
1.1.2. Fundamentación del Problema y Formulación de la Interrogante	85-88
1.2. Análisis de la estructura del problema	89
1.2.1. Identificación de las variables	89
1.2.2. Definición teórica de las variables	89
I. Resoluciones Judiciales	89
a. Concepto	89-91
b. Clases de Resoluciones Judiciales	91-97
II. Derecho de Acción y la Demanda	97

a. Concepto y elementos	97-102
<b>III. La Demanda</b>	103
b. Concepto de demanda	103-106
c. Clases de demanda	106-109
d. Importancia y naturaleza jurídica de la demanda	109-110
<b>1.2.3. Definición operacional de las variables</b>	110-112
<b>1.3. Evaluación de la viabilidad de la investigación del problema de investigación</b>	112-114
<b>1.3.1. Descripción de las fuentes de información para cada variable</b>	114
<b>2. Las Hipótesis que orientan la investigación del problema</b>	115
<b>2.1. Las Hipótesis Teóricas: Generales y Específicas. Fundamentación de las Hipótesis y Definición Teórica de las Variables</b>	115
<b>A. Las Hipótesis Teóricas: Generales y Específicas</b>	116
<b>B. Fundamentación de las Hipótesis</b>	117
<b>C. Definición Teórica de las Variables</b>	117
<b>1. Resoluciones Judiciales</b>	117
a. Concepto	118-119
b. Clases de Resoluciones Judiciales	119-121
<b>2. Medidas Cautelares</b>	122

a. Importancia de las Medida Cautelares	122-123
b. Naturaleza Jurídica de las Medidas Cautelares	124-127
c. Finalidad de las Medidas Cautelares	127-133
d. Clasificación de las Medidas Cautelares	133-147
e. Efectos de las Medidas Cautelares	147-149
2.2. Las Hipótesis Operacionales o de Trabajo (Operacionalización de las Variables y Formulación de las Hipótesis Operacionales)	150-158
<b>3. La Contrastación Empírica de las Hipótesis</b>	158
3.1. La Definición del Universo de Población bajo estudio (N) y la Unidad de Análisis (S)	158
3.2. El Diseño de la Muestra (N)	159
3.2.1. Definición del Tipo de Muestra: Simple al Azar	159
3.2.2. Cálculo del Tamaño de la Muestra	159-161
3.2.3. Selección de la Muestra	161-162
3.3. La Recolección de los Datos	162
3.3.1. Descripción de la Fuente de Datos para cada Variable de las Hipótesis	162
3.3.2. Elaboración del Instrumento de la Recolección de Datos	163

3.3.3.	Descripción de la Organización y Ejecución del Trabajo de Campo	163-165
3.3.4.	Formas de Control de Calidad de la Información Recolectada	165
3.4.	Elaboración de la Matriz de Datos	165-166
3.5.	Selección de la Técnica Estadística para el Análisis de los Datos de acuerdo a las Hipótesis: Coeficiente de Correlación Estadística	167
3.6.	Ejecución del Análisis Estadístico para la Contrastación Empírica de las Hipótesis: Obtención de los Coeficientes de Correlación para cada Hipótesis.	168-182
4.	<b>Resultados</b>	182
4.1.	Conclusiones	182-183
4.2.	Interpretaciones	183-184
4.3.	Explicaciones	185-186
5.	<b>Relación entre los Resultados y la Primera Parte del Desarrollo del Proyecto de la Tesis</b>	186-189
	<b>TERCERA PARTE: APOORTE AL DERECHO</b>	190
	<b>1. APOORTE A LA TEORÍA JURÍDICA SOBRE EL PROBLEMA INVESTIGADO</b>	190
1.1.	Formulación de las premisas jurídicas resultantes de la investigación empírica y su relación con las teorías jurídicas	190
1.1.1.	Resultados de las hipótesis	190

1.1.2. Premisa jurídica	190-191
1.1.3. Teorías	191
a. Teorías que coinciden con las premisas jurídicas resultantes de la investigación empírica	191-193
b. Teorías que se contradicen con las premisas jurídicas resultantes de la investigación empírica	193-194
c. Teorías que coinciden parcialmente con las premisas jurídicas resultantes de la investigación empírica	194
1.2 Planteamiento de posibles explicaciones teórico - jurídicos de los resultados empíricos	194
a. Explicación o fundamentación de las teorías que coinciden con las premisas jurídicas resultantes de la investigación empírica	194-200
b. Explicación o fundamentación de las teorías que se contradicen con las premisas jurídicas resultantes de la investigación empírica	200-202
c. Explicación o fundamentación de las teorías que parcialmente coinciden con las premisas jurídicas resultantes de la investigación empírica	203
d. Aporte del autor de la tesis	203-206
1.3. Contribución a una teoría jurídica sobre el problema	206
1.3.1. Teorías que coinciden con los resultados del problema jurídico - social	206-208
1.3.2. Teorías contrarias a los resultados del problema jurídico – social	208-209
2. APORTE A LA DOCTRINA JURÍDICA	209

<b>2.1. Análisis de los resultados empíricos</b>	210
<b>a. Doctrinas que son fortalecidas y ampliadas con los resultados empíricos</b>	210-216
<b>b. Doctrinas que son modificadas parcialmente con los resultados empíricos</b>	216
<b>c. Doctrinas que son rechazadas integralmente por los resultados empíricos</b>	216-219
<b>2.2. Propuesta como aporte a la doctrina jurídica</b>	219-220
<b>3. APOORTE A LA NORMATIVIDAD JURÍDICA</b>	220
<b>3.1. Formulación de premisas doctrinarias</b>	220-221
<b>3.2. Identificación de las normas jurídicas de la legislación nacional vigente sobre el problema</b>	221
<b>3.3. Identificación de las normas jurídicas de la legislación comparada revisada que coincide con los resultados empíricos y el aporte a la teoría jurídica y a la doctrina jurídica</b>	222
<b>3.3.1. Identificación de normas jurídicas de la legislación comparada que coinciden con los resultados empíricos</b>	222
<b>a. Nueva Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil de España</b>	222
<b>b. Código General del Proceso de Uruguay</b>	223
<b>c. Código de Procedimientos Civiles de Venezuela</b>	224
<b>3.3.2. Identificación de normas jurídicas de la legislación comparada que</b>	

contradicen los resultados empíricos	225
a. Código de Procedimiento Civil de Chile	225
<b>3.4. Propuesta de norma jurídica</b>	225
a. Formulación de nueva norma para ser incorporada al Código Procesal Civil	226-230
<b>3.5 Proyecto de Ley que debe aprobarse y promulgarse como contribución a la solución del problema investigado</b>	230
<b>Proyecto de Ley que propone modificar los Artículos 613, 617, 630 y 636 del Código Procesal Civil</b>	231-234
<b>Conclusiones</b>	235-238
<b>Bibliografía utilizada</b>	239-251



## PRIMERA PARTE: MARCO TEÓRICO Y DOCTRINARIO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

### LA CANCELACIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR

#### 1. EL PROBLEMA JURÍDICO SOCIAL

##### 1.1. ENUNCIADO DEL PROBLEMA JURÍDICO SOCIAL: LA CANCELACIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL PERUANO.

En principio, es preciso mencionar que el fin primordial de toda medida cautelar es asegurar o garantizar el resultado favorable de la sentencia final que puede recaer en un proceso determinado, para que la justicia no sea burlada, haciendo imposible su cumplimiento.

Asimismo, estimo que es pertinente destacar que esta finalidad se conecta directamente con la actividad cautelar, con la posibilidad concreta de poder cumplir eventualmente el mandato judicial emanado de la sentencia, pues de esta forma no sólo se va a proteger el interés privado de las partes, sino que también se tiende a garantizar la eficacia y seguridad de la actividad jurisdiccional.

Es de tenerse en cuenta que el artículo 630<sup>1</sup> del Código Procesal Civil ha sido modificado y prescribe lo siguiente:

***“Si la sentencia en primera instancia desestima la demanda, la medida cautelar queda cancelada de pleno derecho, aunque aquella hubiere sido impugnada. Sin embargo, a pedido del solicitante el Juez podrá mantener la vigencia de la medida hasta su revisión por la instancia superior, siempre que se ofrezca contracautela de naturaleza real o fianza solidaria”.***

La citada norma y la realidad jurídica, nos mostraba claramente la incompatibilidad que traía consigo efectos jurídicos nocivos para la parte demandante que daba inicio interviniendo en un

---

<sup>1</sup> Decreto Legislativo N° 1069, publicado el 28 de Junio del 2008. Modifica el Artículo 630 del Código Procesal Civil.

proceso de cognición determinado. Es por ello, que a través de un proceso cautelar se busca que prime la finalidad de toda medida cautelar, que es asegurar o garantizar el resultado del proceso judicial. En este sentido, **es muy importante que no exista una regulación normativa que admita que cuando en un proceso cualquiera en primera instancia resulte desfavorable una sentencia de primera instancia, ello produzca automáticamente la cancelación de pleno derecho de una medida cautelar**, o cómo erróneamente se denominaba por parte de la doctrina nacional que se producía la caducidad de la medida cautelar, conceptualización equivocada, toda vez, que la caducidad es una institución procesal relacionada directamente con el transcurso del tiempo y no como en este caso, sujeta a una condición determinada como era obtenerse sentencia desfavorable en primera instancia; situación que dejaba una profunda incógnita sobre el resultado efectivo de la pretensión, dado que el demandado podía aprovechar fácilmente esta circunstancia para ocultar y/o transferir el inmueble o mueble o derecho discutido a favor de un tercer adquirente, que en principio se consideraba la transferencia o cesión se hacía de buena fe a título oneroso o gratuito, con la principal finalidad de enervar el resultado final del proceso judicial, algunas veces mediante contratos simulados.

Cabe destacar, que actualmente el Artículo 630 del Código Procesal Civil permite que a pedido del solicitante que el Juez pueda mantener la vigencia de la medida hasta su revisión por la instancia superior, siempre que se ofrezca contracautela de naturaleza real o fianza solidaria. Con ello, se eliminó el criterio excesivamente garantista de sobre proteger al demandado con una cancelación de pleno derecho de la sentencia desestimatoria de primera instancia, sin brindar opción alguna al demandante para que se mantenga; como en este caso, sin embargo, ello considero que no debiera ser considerada una norma rígida, dado que habrán circunstancias en que el Juez deberá empezar por evaluar la misma contracautela ofrecida para ser considerada suficiente, cuando el valor de la misma cubra los posibles daños que se podrían ocasionar al demandado en cualquier eventualidad o cuando el respaldo económico del demandante sea de tal naturaleza que no amerite exigencia adicional alguna.

También se pueden dar situaciones en que el demandante no tuviera el patrimonio necesario para ofrecer nuevamente otra contracautela, ello podría generar que se cancele la medida, con lo cual volvemos al mismo error de desproteger al demandante, si este no tiene los recursos patrimoniales necesarios para solventar la contracautela. El asegurar las expectativas de éxito del

demandante no pueden estar condicionados necesariamente a que tenga un status económico determinado, sino que la justicia debe ser para todos, lo cual afecta el principio de socialización del proceso contenido en el Artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Civil, que no debiera ser exceptuada solamente en los casos de auxilio judicial, sino que el Juez debería estar facultado para exceptuarlas cuando las circunstancias del caso lo ameriten para salvaguardar el derecho del demandante a una tutela judicial efectiva porque no se puede discriminar a una persona por no tener los recursos como para poder otorgar una garantía real o una fianza, y no limitarlo a ser un mero aplicador de la ley.

## **1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

*¿Resulta adecuado que una medida cautelar se cancele de pleno derecho cuando se obtiene sentencia desestimatoria, teniendo en cuenta que la finalidad esencial de una medida cautelar es asegurar el resultado del proceso; siendo éste último un instrumento para el acceso a la justicia?*

Cuando se solicita una medida cautelar, por ejemplo, de anotación de demanda en un proceso principal de nulidad de acto jurídico y se obtiene sentencia desestimatoria de primera instancia, el demandado se encontraba en aptitud de disponer la venta inmediata del inmueble; en términos que el que adquiere lo hace a título oneroso y de buena fe, con lo cual de obtenerse sentencia final firme amparando la pretensión de nulidad esta declaración expedida por el sistema de justicia se convierte en ineficaz al no poder ser ejecutada, por haberse producido la transferencia del inmueble; es así que por el principio registral de tracto sucesivo “ninguna inscripción, salvo la primera, se extiende sin que esté inscrito o se inscriba el derecho de donde emana o el acto previo necesario o adecuado para su extensión, salvo disposición en contrario”.

Consecuentemente, por el principio registral de tracto sucesivo, no se inscribirá documento en el que aparezca como titular del derecho, una persona distinta de la que figura en la inscripción precedente y, por ende, de los asientos existentes en el Registro, deberá resultar una perfecta secuencia y encadenamiento del titular del dominio y de los demás derechos registrados, así como la correlación entre las inscripciones y sus modificaciones, cancelaciones o extinciones.

## 2. FUNDAMENTACIÓN DEL PROBLEMA PARA EL DERECHO

El Artículo 630 del Código Procesal Civil establecía lo siguiente: “Si la sentencia en primera instancia desestima la demanda, la medida cautelar queda cancelada de pleno derecho, aunque aquella hubiere sido impugnada.” En consecuencia, la medida cautelar se cancelaba de pleno derecho si la sentencia de primera instancia desestimaba la demanda, sin considerar que el artículo 608 del Código Procesal Civil establecía y establece con su modificatoria (Artículo Único de la Ley N° 29803, publicada el 06 noviembre 2011), cuyo texto es el siguiente: “(...) La medida cautelar tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva.” En tal sentido, mediante una interpretación sistemática se puede apreciar claramente que las medidas cautelares están destinadas a cautelar la eficacia del proceso y no de la instancia.

Por ende, como consecuencia de esta a mi juicio inadecuada regulación normativa contenida en el Código Procesal Civil (Artículo 630), es que muchas veces se presentaron casos en los que al cancelarse una medida cautelar, por ejemplo, anotación de demanda, el inmueble se transfirió a un tercero, quien formalmente lo adquiriría a título oneroso y con buena fe, aún cuando en la realidad se pudiese vislumbrar que se hacía con la finalidad de burlar la eficacia del proceso en giro; convirtiendo la futura sentencia firme favorable para el demandante en una mera declaración de carácter lícito sin eficacia jurídica; razones por las cuales considero que las medidas cautelares concedidas debieran mantenerse de principio hasta la conclusión del proceso judicial, viendo la mejor manera de regular su aplicación para salvaguardar la eficacia del sistema de justicia.

De igual manera, pienso que esta situación lejos de ordenar y preservar la paz social exacerba los ánimos entre las partes, *por lo que como ya mencioné en el párrafo anterior, la medida cautelar una vez ejecutada debe permanecer hasta la conclusión del proceso*; lo cual conlleva a que la actual regulación del Artículo 630 del Código Procesal Civil se mantenga como regla general.

Por ello, tengo la plena seguridad de que este aporte a la normatividad jurídica va a permitir que los demandantes no vean frustradas sus expectativas de hacer efectiva la sentencia que les

concede el derecho de manera definitiva mediante una sentencia con autoridad de cosa juzgada, motivo por el cual considero que la cancelación de la medida cautelar no debe hacerse efectiva de pleno derecho, sino recién cuando el proceso principal hubiere concluido y no como ocurría anteriormente, al momento en que en primera instancia se desestimaba la demanda. Así, de esta manera se evita el caos jurídico que ocasionaba la cancelación de la medida cautelar de pleno derecho.

Por otra parte, también debemos tener presente que uno de los principales factores que debe evaluarse antes de adquirir un inmueble o mueble es la existencia de gravámenes inscritos respecto al mismo, pues los diversos gravámenes que pueden constituirse sobre una propiedad determinan necesariamente una disminución del valor del predio, toda vez, que implican de alguna manera restricciones a su aprovechamiento, garantía de una acreencia o sometimiento al resultado de un proceso judicial.

En ese orden de ideas, podemos dar algunos alcances doctrinales respecto a la extinción de las medidas cautelares. Para tal efecto, cabe precisar que una medida cautelar se podrá extinguir en los siguientes supuestos:

- a. Cuando deje de concurrir uno de los requisitos que justificó su concesión. Esto ocurría, por ejemplo, cuando se dictaba una sentencia desestimatoria, ya que aún cuando la misma sea apelada es evidente que la verosimilitud del derecho había dejado de existir;<sup>2</sup> pero lo cierto del caso, es que la expectativa de lograr un resultado favorable se mantenía, y por ello, se debía mantener con la finalidad de garantizar el resultado final del proceso.
- b. Cuando se dicte una sentencia estimatoria, en la que podamos distinguir dos escenarios:
  - Que la *sentencia* sea **declarativa**, en cuyo caso el demandante ve satisfecho su derecho con el solo dictado de la misma.

---

<sup>2</sup> En este punto la jurisprudencia argentina ha establecido que: “Las Medidas Preventivas están destinadas a garantizar las resultas del juicio y no de la instancia, por tal motivo procede mantener las medidas cautelares solicitadas por el actor, aun cuando la sentencia de primera instancia le haya resultado adversa, si ella ha sido apelada. Jurisprudencia citada en la Revista IUS ET VERITAS N.º 29. 2005. Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú – Facultad de Derecho. Pág. 27.

- Que la *sentencia* sea de **condena** y, por lo tanto, requiera ejecución, caso en el que la medida cautelar se transformará en una medida ejecutiva.

Continuando, veamos cuál es el tratamiento que le da nuestro Código Procesal Civil a este tema. Así tenemos, las siguientes premisas:

**a. En caso de sentencia desestimatoria:**

El artículo 630 del Código Procesal Civil modificado por el Decreto Legislativo N° 1069 del 28 de Junio del 2008 *“Si la sentencia en primera instancia declara **infundada** la demanda, la medida cautelar queda cancelada aunque aquella hubiere sido impugnada. Sin embargo, a pedido del solicitante el Juez podrá mantener la vigencia de la medida hasta su revisión por la instancia superior, siempre que se ofrezca contracautela de naturaleza real o fianza solidaria”*.

Muchos doctrinarios manifiestan que el fundamento de la extinción de pleno derecho de la medida cautelar se basa en el hecho de que una vez que se haya acreditado la inexistencia de cualquiera de los presupuestos que condicionan la medida cautelar, esta tiene que ser dejada sin efecto, opinión que no comparto, pues, una vez admitida la medida cautelar en el caso del requisito de verosimilitud, ya no se trata de que se mantenga o no el requisito de *“verosimilitud del derecho”*, sino que se pueda cumplir con la finalidad esencial de toda medida cautelar, cual es *“asegurar la eficacia del proceso”*; así como lograr alcanzar la paz social en justicia.

**b. En caso de una sentencia estimatoria:**

Muchos autores como Juan José Monroy Palacios<sup>3</sup> sostienen que frente a la sentencia firme que contiene una declaración de certeza judicial del derecho, la medida cautelar se extingue, pues carece de objeto, dado que concluyó en el proceso el momento para el aseguramiento de la sentencia, y se ingresó a la oportunidad para su satisfacción.

De tal manera, que luego de la sentencia firme, ya nada queda por asegurar, ya que lo que se busca es la satisfacción procesal procurando que se cumplan los extremos contenidos en la

---

<sup>3</sup> MONROY PALACIOS, Juan José. Bases para la formación de una Teoría Cautelar. Comunidad 2002. Páginas 309-313.

sentencia. Por ello, la medida cautelar ejecutada antes de obtenida la sentencia firme, luego de producida ésta última, se transforma en medida ejecutiva o medida de ejecución.

En efecto, si la sentencia acoge las pretensiones del actor y la medida cautelar tenía por objeto asegurar la ejecución, esta no caduca, sino que se transforma, generalmente en una medida más enérgica. Esta transformación supone la extinción de la medida cautelar y el nacimiento de una nueva, esta es, obviamente, una medida ejecutiva.

El cambio es tanto estructural como funcional. En cuanto a la estructura podemos decir que su eficacia ya no se sustenta en el peligro en la demora y en la verosimilitud del derecho, sino en la certeza del derecho declarado. Respecto al cambio funcional, cabe señalar que éste opera en tanto ya no se asegura la sentencia, sino que se convierte en el primer acto destinado a la satisfacción del derecho declarado.

Concluye, señalando que no debemos confundir las etapas y los estados del proceso judicial, pues, mientras se debate la certeza del derecho; es decir, cuando estamos en una etapa de incertidumbre, la medida cautelar es la destinada a asegurar que la sentencia sea eficaz, protegiendo de esa manera a las personas o a los bienes relacionados con el derecho discutido; y, cuando estamos en una etapa de certeza son las medidas ejecutivas las destinadas a satisfacer el derecho reconocido en la sentencia firme.

En este orden de ideas, considero sumamente delicado que se pueda declarar la cancelación de la medida cautelar de pleno derecho, al margen de si es estimada o desestimada en cualquier instancia, sin tener una resolución firme que ponga fin al proceso, pues como sostengo, considero que la medida cautelar debe mantenerse de principio hasta que el proceso concluya, a efectos de que se cumpla con la finalidad concreta que persigue el proceso cautelar como es “asegurar la eficacia del proceso”.

En ese orden de ideas, me parece que también es conveniente tener en consideración al Código Procesal Constitucional, dado que la premisa fundamental en cuanto a la extinción de la medida cautelar, es que ésta se extinga de pleno derecho cuando la resolución con la que concluye el proceso adquiera la autoridad de cosa juzgada; así se ha previsto en el Artículo 16 del Código

Procesal Constitucional, con lo cual definitivamente se aleja del supuesto de extinción que igualmente contemplaba nuestra norma procesal civil (Artículo 630) antes de su modificatoria.

Consecuentemente, aún cuando la sentencia de primera instancia desestime la demanda, la medida cautelar mantendrá sus efectos, en tanto, dicha decisión principal sea apelada por el demandante, e incluso subsistirá si en segunda instancia se obtiene un pronunciamiento también desfavorable, y el demandante decide interponer un recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional.

Con lo establecido en el párrafo anterior, lo que se ha hecho es dotar a la medida cautelar en el ámbito constitucional de una vigorosidad que en determinadas circunstancias puede considerarse excesiva, si se tiene en cuenta que el último supuesto mencionado, la demanda habría sido desestimada en dos instancias con un pronunciamiento de fondo, cuyo análisis es mucho más severo que el necesario para otorgar una medida cautelar, y, sin embargo, ésta se mantendrá vigente hasta que la decisión última no haya adquirido la calidad de cosa juzgada.

### **3. LA DEFINICIÓN DE LA MATERIA GENÉRICA Y ESPECÍFICA DEL DERECHO DONDE SE UBICA EL PROBLEMA A INVESTIGAR**

#### **DEFINICIÓN DE LA MATERIA GENÉRICA JURÍDICA: LA CANCELACIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL**

##### **3.1. LA CANCELACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES**

Al respecto, cabe mencionar a **Couture**, quien afirma que el proceso por el proceso no existe, pues la idea de proceso es necesariamente teleológica; vale decir, se explica por su finalidad. Atendiendo para tal efecto, el análisis del instituto procesal de la tutela cautelar.

En la actualidad, la doctrina reconoce mayoritariamente que el proceso está avocado fundamentalmente a dos fines: uno mediato (**llamado también abstracto**) que es obtener la paz social y otro inmediato (**llamado también concreto**) que es el de dirimir el conflicto de



intereses sometido a los órganos de la jurisdicción<sup>4</sup>. Por lo que evidentemente, existe una estrecha relación entre uno y otro.

En efecto, en la medida que el órgano judicial, imparcial e independiente, solucione de manera adecuada los conflictos privados, la sociedad en su conjunto confiará más en dicho órgano. Esto, a su vez, conlleva a que los ciudadanos renuncien de manera definitiva a la acción directa para tutelar sus derechos, lo que deriva finalmente en un mayor grado de armonía social.

En nuestra legislación, ambos fines están consagrados en el **Artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil** al establecer que: *“El Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia...”*.

Ahora bien, solucionar un conflicto de intereses, haciendo efectivos los derechos sustanciales, no significa emitir sólo una sentencia definitiva que declare el derecho reclamado, sino que implica la satisfacción efectiva de aquello que se reclama. De tal manera que, en determinado caso concreto, lo que el propietario quiere es que se le devuelva el bien que le pertenece y no tan solo que el Juez le diga que tiene derecho a ello. Por lo tanto, conviene reflexionar sobre qué supuestos un fallo definitivo no compone de modo debido una controversia, para que sobre la base de ello se puedan plantear soluciones.

Sobre lo señalado en el párrafo anterior, podemos mencionar en primer lugar que podría darse el caso de que la decisión sea injusta; vale decir, no acorde al derecho, situación en la que evidentemente no se estaría frente a una debida composición del conflicto. No obstante ello, el modo de reducir este riesgo pasa por dar al juzgador el tiempo suficiente para que pueda conocer y evaluar la controversia debidamente, atendiendo a los puntos controvertidos, a las pruebas ofrecidas y actuadas y, en general, a los argumentos de las partes.

Así, **Calamandrei** ha señalado que: *“a fin de que la providencia definitiva nazca con las mayores garantías de justicia, debe estar precedida del regular y meditado desarrollo de toda*

---

<sup>4</sup> COUTURE, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires – Argentina. Editorial Depalma. 1993. Pág. 145.

*una serie de actividades, para el cumplimiento de las cuales es necesario un periodo, frecuentemente no breve, de espera...*<sup>5</sup> En ese sentido, para obtener una solución justa se requiere, entonces y necesariamente, tiempo.<sup>6</sup>

Sin embargo, no se le puede dar al juzgador todo el tiempo del mundo, pues ello ocasionaría un caos en la administración de justicia. El paso del tiempo, si bien, nos brinda mayor seguridad jurídica, también nos ofrece el riesgo de convertir en prácticamente ineficaz la providencia definitiva, que parece destinada por deseo de perfección, a llegar demasiado tarde, como la medicina largamente elaborada para un enfermo ya muerto.

En ese orden de ideas, nos encontramos, entonces, ante un conflicto entre la necesidad de celeridad en el camino hacia la solución definitiva y la seguridad jurídica que otorga un tiempo prudencial para que la misma sea acorde a Derecho. Consecuentemente, *“el factor tiempo se constituye en una nota de dramática importancia e insoslayable consideración en y para el proceso judicial...”*<sup>7</sup> que nos obliga a plantear diferentes soluciones, sobre el particular.

**Marianella Ledesma Narváez**<sup>8</sup> señala que la eficacia de la medida cautelar va a estar condicionada a la existencia de una sentencia firme; pero en el supuesto que hubiere sentencia en primera instancia que desestime la demanda, la que es materia de apelación, la medida cautelar queda cancelada de pleno derecho. Apréciase que el referente para levantar la medida es que se “desestime la demanda.”

Para **Rivas**<sup>9</sup>, la cancelación de pleno derecho de la medida cautelar es porque esa sentencia es declarativa en grado de certeza, de la inexistencia del derecho que justificó la medida cautelar, fundada solo en el nivel de la verosimilitud. Considero que dicha cancelación puede

---

<sup>5</sup> CALAMANDREI, Piero. Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares. Traducido por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires – Argentina. Editorial Bibliográfica Argentina. 1945. Pág. 43.

<sup>6</sup> FENECH, Miguel. Citado por Eugenia Ariano Deho en Problemas del Proceso Civil. Lima – Perú. Editorial Jurista Editores. 2003. Pág. 591.

<sup>7</sup> KIELMANOVICH, Jorge. Medidas Cautelares. Buenos Aires – Argentina. Editorial Rubinzal-Culzoni. 2000. Pág. 14.

<sup>8</sup> LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Los Nuevos Procesos de Ejecución y Cautelar. Editorial Gaceta Jurídica. Noviembre 2008. Pág. 86. Lima-Perú.

<sup>9</sup> RIVAS, Adolfo. Las medidas cautelares en el proceso civil peruano, Universidad Antenor Orrego, Rodhas, Lima, 2000, Pág.51.

resultar perjudicial para la parte beneficiada, desde el inicio con la medida, porque se estaría condicionando el éxito de ella, a las resultas de la instancia y no a la culminación del proceso.

Por su parte, **Ángeles Jove**<sup>10</sup> señala que, “dictada una sentencia desfavorable al actor, la garantía debería ser alzada de oficio por el órgano jurisdiccional, ya que desaparece la razón de su existencia: el proceso principal. La relación principal se ha roto. La extinción se produce ipso iure por el mismo acto de dictar sentencia absolutoria, puesto que la medida carece de objeto al no existir ya derecho afirmado que deba ser cautelado...”.

Así, podemos mencionar que para **Carreras**<sup>11</sup> en su obra “El embargo de bienes”, afirma que al alzarse el embargo (u otra medida cautelar) los bienes que pesaba quedan liberados, y sus titulares pueden disponer de él sin limitaciones jurídicas ni económicas, a la vez que cesa la legitimación del Ejecutor para llevar a cabo sobre ellos actos de disposición.”

### **3.2. DEFINICIÓN DE LA MATERIA ESPECÍFICA JURÍDICA: LA CANCELACIÓN EN LA MEDIDA CAUTELAR**

El presente problema a investigar, respecto al campo específico del Derecho, pertenece al ámbito del Derecho Procesal Civil, pues versa sobre **“La cancelación de la medida cautelar en el código procesal civil”**.

Para tal efecto, es preciso señalar que etimológicamente el **término medida** significa prevención, disposición; a su vez, **prevención** equivale al conjunto de precauciones tomadas para evitar un riesgo. En el campo jurídico, **las medidas cautelares** son aquellas que el legislador ha dictado con el objeto de que la parte vencedora no quede burlada en su derecho.<sup>12</sup>

Por ello, se ha venido sosteniendo por innumerables tratadistas que, las medidas cautelares surgen ante la insuficiencia del órgano jurisdiccional de garantizar que la sentencia que ampara la

---

<sup>10</sup> ÁNGELES JOVE, María. Medidas Cautelares innominadas en el proceso civil. José María Bosch Editor S.A., Barcelona. 1995. Pág. 319.

<sup>11</sup> CARRERAS, Jorge. El embargo de bienes. Barcelona – España. Editorial Bosch. 1957. Pág. 558.

<sup>12</sup> <http://www.monografias.com/trabajos15/medidas-cautelares/medidas-cautelares.shtml>

pretensión planteada en un proceso, sea satisfecha; ello por el inevitable transcurso del tiempo necesario para llevar a cabo los actos procesales que garanticen un debido proceso para las partes y además, porque no sólo se trata del tiempo previsto por la norma para la realización de todos y cada uno de los actos que conforman el proceso. Como sabemos, en la práctica la realidad desborda ampliamente tal previsión temporal, tal como lo señala el tratadista **Blasco Pellicer**.<sup>13</sup>

Entonces, siendo ello así, debemos tener presente que **medida cautelar** *“es aquella que tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través del proceso en el que se dicta la providencia cautelar, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurra entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva”*.<sup>14</sup>

De igual manera, la **Jurisprudencia Argentina** ha establecido que *“las medidas cautelares son actos procesales que se adoptan antes de deducida la demanda o después de ella para asegurar bienes o mantener situaciones de hecho existentes al tiempo de aquella y con el objeto de preservar el cumplimiento de la sentencia, que, en definitiva recaiga al final del proceso”*.

**Monroy Palacios**, conceptúa a la medida cautelar como aquel instituto procesal a través del cual el órgano jurisdiccional, a petición de parte, adelanta ciertos efectos o todos de un fallo definitivo o el aseguramiento de una prueba, al admitir la existencia de una apariencia de derecho y el peligro que puede significar la demora producida por la espera del fallo definitivo o la actuación de una prueba.<sup>15</sup>

En este orden de ideas, la medida cautelar denominada también **“preventiva”** o **“precautoria”**, es aquella institución procesal mediante la cual el órgano jurisdiccional, a instancia de parte, asegura la eficacia o el cumplimiento de la sentencia a dictarse en el proceso que dirige, anticipando todos o determinados efectos del fallo, en razón de existir verosimilitud en el derecho

---

<sup>13</sup> BLASCO PELLICER, Ángel. Las Medidas Cautelares en el Proceso Laboral. Editorial Civitas. Valencia-España. 1996. Pág. 21-22.

<sup>14</sup> MARTINEZ BOTOS, Raúl. Medidas Cautelares. Editorial Universo. Buenos Aires - Argentina. 1990. Pág. 28.

<sup>15</sup> MONROY PALACIOS, Juan José. Bases para la formación de una Teoría Cautelar. Lima – Perú. Editorial Industria Gráfica. Pág. 85-86.

invocado y peligro en que la demora en la sustanciación de la litis traiga como consecuencia que la decisión judicial no pueda reintegrar a la parte vencedora en el juicio la totalidad de su derecho.<sup>16</sup>

En resumen, podemos decir que las medidas cautelares aparecen como los medios jurídico-procesales que tienen por función evitar que se realicen actos que impiden o dificulten la efectividad de la satisfacción de la pretensión, y esa función se lleva a cabo mediante una incidencia en la esfera jurídica del demandado adecuada y suficiente para producir ese efecto.

De igual manera, la doctrina procesal establece que el objeto esencial de la anotación de demanda constituye una garantía para el que logra su inscripción en el Registro correspondiente, a fin de cautelar el resultado positivo de la pretensión cuya tutela jurisdiccional ha solicitado.

Tratándose de demanda inscrita preventivamente por mandato judicial, proveniente de un proceso, su levantamiento procede por nuevo mandato de la misma procedencia.

Consecuentemente, el objeto primordial de la medida cautelar de anotación de demanda es “*dar publicidad registral a la existencia de un proceso*”, hecho que no impide ejercer los atributos del derecho de propiedad sobre el inmueble materia de la medida.<sup>17</sup>

Al respecto, cabe precisar que toda medida cautelar está destinada como se mencionó en párrafos anteriores a “***asegurar la eficacia del resultado final del proceso***”<sup>18</sup>, por lo que dicho artículo de nuestro ordenamiento procesal civil resultaba incoherente y contradictorio a dicha finalidad sustancial, dado que la medida cautelar solicitada; por ejemplo, la de Anotación de Demanda, no debía ser cancelada de pleno derecho, aún en el caso que la demanda sea desestimada en primera instancia. Por consiguiente, hasta que no culmine el proceso bajo litis, la medida cautelar solicitada no debiera ser cancelada o alzada. Por ello, con la norma ahora

---

<sup>16</sup> HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. El Embargo y Otras Medidas Cautelares. Editorial San Marcos. Lima-Perú. Pág. 15.

<sup>17</sup> OBANDO BLANCO, Víctor Roberto. Procedimiento Cautelar en el Proceso Civil. Lima – Perú. Editorial Jurista Editores. 2003. Pág. 228-229.

<sup>18</sup> **ARTÍCULO 608 DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL PERUANO VIGENTE DESDE 1993:** “*Todo Juez puede, a pedido de parte, dictar medida cautelar antes de iniciado un proceso o dentro de éste, destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva*”.

vigente se tratado de solucionar en parte lo referente a que la medida cautelar se mantenga aún se desestime la demanda en primera instancia, y siempre que esta resolución no sea firme poniendo fin al proceso de cognición.

#### **4. ANÁLISIS DE LAS CORRIENTES TEÓRICAS JURÍDICAS Y DOCTRINARIAS JURÍDICAS VIGENTES SOBRE EL PROBLEMA**

##### **4.1 LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL CAUTELAR**

La función jurisdiccional civil de naturaleza cautelar ha adquirido carta de ciudadanía a fines de la primera mitad del siglo veinte, consolidándose normativamente en las diversas legislaciones del mundo. Esta afirmación no niega los valiosos aportes precedentes cuyos antecedentes se remontan al propio derecho romano.

Según **Calamendrei**, la tutela cautelar en relación al derecho sustancial, constituye una tutela mediata, pues más que hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia. Si todas las providencias jurisdiccionales son un instrumento del derecho sustancial que se actúa a través de ellas, en las providencias cautelares se encuentra una instrumentalidad clasificada, son en efecto, de una manera inevitable, un medio predispuesto para el mejor éxito de la providencia definitiva, que a su vez es un medio para la actuación del derecho; esto es, en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, instrumento del instrumento.<sup>19</sup>

Siguiendo al mismo autor sostengo que las decisiones cautelares están dirigidas no solo a defender los derechos subjetivos, sino, también a garantizar la eficacia y seriedad de la función jurisdiccional y, de ese modo, evitar la burla a la justicia. Por ejemplo, que el deudor demandado en el proceso cognitorio podría poner en práctica, aprovechando precisamente las demoras y dilaciones excesivas del propio decurso temporal del procedimiento, poner a salvo sus bienes, sin que la decisión judicial pudiera posteriormente afectarlo. La tutela jurisdiccional cautelar por consiguiente tiene como finalidad mediata evitar la circunstancia descrita.

---

<sup>19</sup> CALAMANDREI, Piero. Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares. Buenos Aires – Argentina. Editorial Bibliográfica Argentina. 1945. Pág.45.

La tutela jurisdiccional cautelar se dirige, pues, como las providencias que el Derecho Inglés comprende bajo la denominación de *contempt of court*, a salvaguardar el *imperium iudicis*, o sea a impedir que la soberanía del Estado, en su más alta expresión verbal, una vana ostentación de lentos mecanismos destinados a llegar siempre demasiado tarde.

Las medidas cautelares se disponen, más que en intereses de los individuos, en interés de la administración de justicia, de la que garantizan el buen funcionamiento y también su buen nombre. Incluso se podría decir que precisamente la materia de las providencias cautelares constituye la zona fronteriza entre la función jurisdiccional y la administrativa.

Aquí, cabe resaltar la opinión de **Giuseppe Chiovenda** que señala que “El poder jurídico de obtener una de estas resoluciones es una forma por sí misma de acción (acción aseguradora); y esa pura acción que no puede considerarse como accesorio del derecho garantizado, porque existe como poder actual cuando todavía no se sabe si el derecho garantizado existe; y, sin embargo, el demandado no tiene ninguna obligación de cautela con anterioridad a la resolución del Juez.

También aquí, el derecho a la resolución cautelar es un derecho del Estado fundado en la necesidad general de la tutela del derecho, y la parte no tiene sino el poder de provocar su ejercicio en el caso concreto”.<sup>20</sup>

Según **Ugo Rocco**, la actividad jurisdiccional llamada cautelar (y el proceso correspondiente) no es más que una actividad dirigida a comprobar desde los puntos de vista objetivo y subjetivo, la existencia de un peligro (posibilidad de un daño) y a eliminarlo, puesto que amenaza directamente los intereses sustanciales o procesales tutelados por el derecho objetivo, incierto o controvertido, conservando el estado de hecho y de derecho mientras está pendiente o por previsión de la declaración de certeza o de la realización coactiva de la tutela aprontada por el derecho objetivo a dichos intereses.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. Instituciones del Derecho Procesal Civil. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid - España. 1948. Pág. 281-282.

<sup>21</sup> ROCCO, Ugo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires – Argentina. Editorial Depalma. 1977. Pág.57.

En consecuencia, se puede resumir que las medidas cautelares sea la que fuere su naturaleza o finalidad ayuda ineluctablemente a fortalecer el valor “eficacia” del proceso civil, eficacia que resulta inescindible con la tutela jurisdiccional, pues básicamente son ambas las que el justiciable busca cuando usa el proceso como instrumento para el logro de su pretensión; la misma que según Jorge Peyrano pueden satisfacer formalmente la sed de justicia o calmarla sustancialmente.<sup>22</sup>

#### 4.4.1 LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LAS MEDIDAS CAUTELARES

Sobre el particular, debemos señalar que mediante las medidas cautelares se le solicita al Estado un anticipo de la garantía jurisdiccional que se comprometió a brindar, la misma que se relaciona con el derecho a la tutela judicial efectiva y se resume en el derecho de todo ciudadano a invocar que se haga justicia (tutela judicial efectiva)<sup>23</sup>, derecho que se encuentra reconocido en el **Artículo 139 numeral 3) de la Constitución Peruana de 1993.**

Así, el derecho a obtener una medida cautelar forma parte necesariamente del derecho a la tutela judicial, porque mediante este derecho se tiende a asegurar el cumplimiento futuro de la sentencia a dictar y si ello no se da, entonces no podríamos hablar de una verdadera tutela.<sup>24</sup>

Por ello, el derecho a la obtención de una tutela judicial efectiva despliega sus efectos en tres etapas: en el acceso al órgano jurisdiccional y a los recursos que se puedan interponer a lo largo del proceso, lo que la doctrina conoce como derecho al **debido proceso** o litis con todas las garantías; en la instancia de dictar una resolución invocando un fundamento jurídico y finalmente, en la etapa de ejecutar la sentencia.<sup>25</sup>

Como lo menciona **Juan Monroy Gálvez**, al referirse a un “**debido proceso**” versa sobre el derecho que tiene todo justiciable para iniciar o participar en un proceso, durante todo su

---

<sup>22</sup> HURTADO REYES, Martín. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Lima – Perú. Editorial IDEMSA. 2009. Pág. 906.

<sup>23</sup> GONZÁLES PÉREZ, Jesús. El Derecho a la Tutela Jurisdiccional. Madrid-España. Editorial Civitas. 1989. Pág. 149.

<sup>24</sup> CHAMORRO BERNAL, Francisco. La Tutela Judicial Efectiva. Barcelona – España. Editorial Bosch.. 1994. Pág. 286.

<sup>25</sup> SARAZÁ JIMENA, Rafael. Doctrina Constitucional aplicada en materia Civil y Procesal Civil. Madrid - España. Editorial Civitas. 1994. Pág. 112-113.



desarrollo; es el derecho a ser oído, a probar lo que pretende, a alegar lo que estime pertinente siempre que haya un fundamento jurídico para ello y a impugnar cualquier resolución sin restricción alguna.<sup>26</sup>

Tanto nuestra legislación como la legislación comparada establecen que todas las personas tienen derecho a obtener tutela judicial de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.<sup>27</sup>

La vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva puede tener lugar, entre otras situaciones, cuando se produce el rechazo liminar de una demanda invocándose una causal de improcedencia impertinente; con la inadmisión de un recurso ordinario o extraordinario; con la aplicación de la *reformatio in peius*; con la ejecución de la sentencia modificando sus propios términos o con su inejecutabilidad.

Consecuentemente, la tutela sólo será efectiva cuando se ejecute el mandato judicial. Dicha ejecución es, por tanto, parte vital y esencial del derecho consagrado en nuestro texto constitucional.

Al respecto, en la Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 102/84, de fecha 12 de noviembre de 1984, se declaró que: ***“En cuanto al ámbito del derecho [...] comprende el de acceso a la tutela judicial, el de conseguir una resolución fundada en derecho y el de obtener la ejecución de la sentencia.”***

Por lo que, el incumplimiento de lo establecido en una sentencia con carácter de cosa juzgada implica la violación, lesión o disminución antijurídica de un derecho fundamental que este colegiado tiene la obligación de reparar con toda firmeza.

---

<sup>26</sup> MONROY GÁLVEZ, Juan, citado por Wilvelder Zavaleta Carruitero en Código Procesal Civil Comentado. Lima – Perú. Editorial Rodhas. 2002. Pág.1 97-199.

<sup>27</sup> CAROCCA PÉREZ, Alex. Garantía Constitucional de la Defensa Procesal. Barcelona-España. Editorial Bosch. 1998. Pág. 101.

De igual manera, la **Ejecutoria N.º 14-06-96** estableció lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con arreglo a un debido proceso”.<sup>28</sup>

Se dice que el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva resulta afectado o vulnerado cuando un Juez al calificar la demanda no se pronuncia sobre los presupuestos procesales o materiales, sino sobre el fondo de la controversia, el que solo puede ser expedido en la sentencia, luego de agotar las etapas correspondientes del proceso, según lo señala la **Ejecutoria N.º 20-02-95**.<sup>29</sup>

Por tanto, cuando el último párrafo del derogado **Artículo 31 de la Ley N° 23506** “Ley de Habeas Corpus y Amparo –sustituida por el Código Procesal Constitucional–” indicaba que: “**La medida de suspensión decretada no implica la ejecución de lo que es materia del fondo mismo de la acción de amparo.**” Esto constituía una clara violación al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ya que es absolutamente viable sean amparados provisionalmente este tipo de pedidos. En este sentido normativo, se encuentra regulado favorablemente por el **Artículo 674** del Código Procesal Civil, lo cual podría constituir una derogación tácita de la referida norma por ser incompatible en cuanto a su contenido, de conformidad con el Artículo I del Título Preliminar del Código Civil, en concordancia con los Artículos 51 y 138 de la vigente Constitución Política Peruana de 1993; sin embargo, por aplicarse el Código Procesal Civil en forma supletoria, resultaba paradójico que la norma procesal civil fuese más garantista que la norma procesal constitucional.

En este orden de ideas, **García de Enterría** señala el sostenimiento unánime de los tribunales constitucionales europeos de considerar que la exclusión o aún la limitación de medidas cautelares es contraria a los derechos fundamentales y, específicamente, al derecho a la tutela judicial o a los derechos de defensa.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> RETAMOZO LINARES, José Alberto. Jurisprudencia Civil. Tomo II. Lima –Perú. Editorial Fecat. Pág. 18.

<sup>29</sup> LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Jurisprudencia Actual. Tomo III. Lima – Perú. Editorial Cuzco. 1996. Pág. 281.

<sup>30</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Batalla por las Medidas Cautelares. Madrid – España. Editorial. Civitas. 1992. Pág. 188-190.

En el mismo sentido se están pronunciando los órganos supremos de las jurisdicciones administrativas nacionales como la Cámara de los Lores en Inglaterra, el Tribunal Supremo en España, el Consejo de Estado Francés y, finalmente, con especial trascendencia, porque incluye poderes cautelares de los jueces nacionales sobre sus propias leyes y sobre el Derecho Comunitario, así como el ejercicio por el propio Tribunal de Justicia de facultades suspensivas sobre la aplicación de leyes parlamentarias de los Estados, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.<sup>31</sup>

Por su parte, el jurista español **Jesús Gonzáles Pérez** establece que el “**derecho a la tutela jurisdiccional efectiva**” es el derecho que le asiste a toda persona para que se le haga justicia y para que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con las garantías del caso. Es así que, la tutela jurisdiccional efectiva se desenvuelve mediante las normas del “**debido proceso**”, el cual es denominado por los americanos como “**due process of law**”, de acuerdo con su Constitución.<sup>32</sup>

Del mismo modo, se ha estimado pertinente mencionar que la principal característica de las medidas cautelares es su **instrumentalidad**, entendida en el específico sentido de que la medida cautelar, considerando en su conjunto el régimen de la tutela jurisdiccional, no constituye una finalidad en sí misma, sino que se halla necesariamente vinculada a la sentencia que pueda dictarse en el proceso principal (y a este mismo proceso) por la función de asegurar su efectividad práctica. Si tal sentencia puede considerarse como el instrumento mediante el cual se actúa el derecho en el caso concreto, la medida cautelar es, a su vez, el instrumento para que lo anterior pueda producirse sin riesgo de ineffectividad a causa de la necesaria demora de la sentencia.<sup>33</sup>

El profesor Obando Blanco, sostiene en su obra *Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva en la Jurisprudencia*, que la mejor manera de asegurar la eficacia de la decisión judicial definitiva y,

---

<sup>31</sup> CONSTANTINO, Juan Antonio. Las Medidas Cautelares en el ámbito de la Comunidad Europea, Los Tribunales Constitucionales y el Mercosur. En Revista Peruana de Derecho Procesal. Lima – Perú. 1997.

<sup>32</sup> GONZALES PÉREZ, Jesús. El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva. Madrid - España. Editorial Civitas. Segunda Edición. 1985. Pág. 27.

<sup>33</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel. CALDERÓN CUADRADO, María Pía. La Tutela Judicial Cautelar en el Derecho Español. Granada - España. Editorial Comares. 1996. Pág. 8-9.

asimismo, evitar que la duración del proceso afecte a quien al final de ella presuntamente tendrá la razón, **es a través de la tutela cautelar**.<sup>34</sup>

Asimismo, el mismo autor señala que para lograr la efectividad de la tutela judicial que garantiza el artículo 139° inciso 3 de la Constitución Política es necesario contar con afinado y eficiente sistema de tutela cautelar. El procedimiento cautelar es la figura más dinámica del proceso. En estricto no es un proceso sino un procedimiento porque no trata de resolver un conflicto de intereses o una incertidumbre jurídica. La tutela cautelar es un instrumento que produce la tutela material. El procedimiento cautelar representa una serie de actos procesales, dirigidos a la obtención, ejecución, mantenimiento, regulación, modificación y cancelación de alguna medida cautelar.<sup>35</sup>

Para el profesor Priori Posada la tutela cautelar es una de las formas de tutela jurisdiccional que brinda un ordenamiento jurídico, y las medidas cautelares son un instituto jurídico mediante el cual se garantiza la efectividad de la sentencia a dictarse en un proceso frente a los riesgos derivados de la demora del mismo.<sup>36</sup> Con la tutela cautelar se evita la frustración de la satisfacción de la pretensión sobre la cual se decidió con firmeza, impide que se haga iluso lo que se busca de la tutela judicial del Estado.<sup>37</sup>

Respecto a la “**tutela cautelar**” no existe precepto constitucional ni legislativo que lo establezca como “**derecho fundamental de toda persona que acude al órgano jurisdiccional**”. Sin embargo, gracias a la jurisprudencia europea, esta visión exclusivamente garantista de la tutela cautelar ha ido rescatándose bajo varios principios, entre los cuales se encuentra el **principio chiovendiano**: “**la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón**”.

---

<sup>34</sup> OBANDO BLANCO, Víctor Roberto. El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva en la Jurisprudencia. Palestra Editores. Lima – Perú. 2002. Pág. 100.

<sup>35</sup> OBANDO BLANCO, Víctor Roberto. El Proceso Civil y el Derecho Fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva en la Jurisprudencia. Ara Editores. Lima – Perú. 2011. Pág. 218-219.

<sup>36</sup> PRIORI POSADA, Giovanni F. La tutela cautelar, su configuración como derecho fundamental. Ara Editores. Lima – Perú. 2006. Pág. 35-36.

<sup>37</sup> HURTADO REYES, Martín. Fundamentos de Derecho Procesal Civil. Lima – Perú. Editorial Idemsa. 2009. Pág. 908.

Así, la Corte Constitucional Italiana en su Sentencia N.º 190 de fecha 28 de junio de 1985 marcó un hito fundamental en el proceso de constitucionalización de la tutela cautelar. No obstante a ello, la constitucionalización definitiva de la tutela cautelar, componente esencial del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, se debe a una sentencia expedida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de Luxemburgo del 19 de julio de 1990.

En ese orden de ideas, la tutela cautelar se presenta desde la óptica del sujeto necesitado de tutela (“el justiciable”) como una auténtica garantía de obtener la tutela efectiva y definitiva de sus derechos, en todos aquellos supuestos en los que el tiempo necesario para obtener la razón constituye fuente potencial de ineficacia de aquella.<sup>38</sup>

Siguiendo, el contenido esencial del derecho genérico a la justicia, es denominado también derecho a la acción, a la jurisdicción, a la **tutela judicial efectiva**, al debido proceso, a un proceso equitativo, y a un proceso justo en una sociedad democrática. Evidentemente, ello constituye una expresión compleja y armónica de un conjunto de derechos humanos positivizados, constitucionalmente como fundamentales; encontrándose entre los mismos el derecho a un proceso dentro de un **plazo razonable** o sin dilaciones indebidas.

Finalizando, puedo indicar que el derecho a un debido proceso dentro de un plazo razonable y sin dilaciones, guarda estrecha relación con el derecho a la tutela de orden instrumental. De modo tal, que las dilaciones indebidas “**vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva**”. Por ello, una justicia tardía equivale a una denegación de justicia, la cual puede ser desterrada cuando el actor que acude al órgano jurisdiccional encuentra una respuesta rápida y satisfactoria a su pretensión.

#### 4.4.2 LA ACCIÓN CAUTELAR

Genéricamente y tomando como referencia el concepto de acción brindado por **Véscovi**<sup>39</sup>, este tipo de tutela confiere un derecho subjetivo y público, a toda persona, la cual tiene el derecho de

---

<sup>38</sup> ARIANO DEHO, Eugenia. Problemas del Proceso Civil. Editorial Jurista Editores. Lima – Perú. 2003. Pág. 596-598.

<sup>39</sup> VÉSCOVI, Enrique (1984). Teoría general del Proceso. Editorial Temis. S.A. Bogotá - Colombia. Pág. 24.

poder recurrir al órgano jurisdiccional y pedir el amparo de su demanda. Dentro de esta concepción genérica, la petición de una medida cautelar es una forma especial de la acción procesal que goza de autonomía e independencia.

**Giuseppe Chiovenda**<sup>40</sup> fue el primero en afirmar que la petición de una medida cautelar importa en sí misma el ejercicio de un derecho; es decir, que la facultad de recurrir al órgano jurisdiccional, viene a ser entonces un derecho autónomo, que compete tanto al actor como al demandado y aún a los terceros ajenos al proceso, el cual puede ser ejercido independientemente o en forma incidental (antes o después de la acción principal). En tal caso, son aplicables las condiciones generales para el ejercicio y admisión de las acciones (calidad, derecho, interés).

De manera que, las medidas cautelares por ser de naturaleza especial están sometidas a otras condiciones que constituyen precisamente su fundamento. En primer lugar es necesaria la apariencia de un derecho. En este aspecto cabe mencionar dos intereses opuestos: **el de quien afirma un derecho, y el de quien lo niega**; el primero puede triunfar en definitiva; sin embargo, el segundo también puede resultar absuelto de la demanda.

El juez resolverá recién en la sentencia sobre quién tiene la razón y, hasta ese momento, nada autoriza a suponer que la resistencia es infundada; no obstante, cuando existe la presunción de que la demanda es fundada, el juez debe acogerla provisoriamente; por eso es suficiente en tal supuesto la invocación de un derecho justificado.<sup>41</sup>

Por ello, acudir al órgano jurisdiccional en busca de la concesión de una determinada medida cautelar que asegure el pronunciamiento de la decisión final en el proceso, constituye el poder jurídico actual, la pretensión o el ejercicio del derecho que tiene un fin expreso: **el cumplimiento de lo que dispone el orden jurídico o la actualización de la voluntad de tutela jurídica.**

---

<sup>40</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. Instituciones del Derecho Procesal Civil. Editorial Bookseller. 1998. Volumen I. Pág. 199.

<sup>41</sup> HERNÁNDEZ LOZANO, Carlos A. Proceso Cautelar. Editorial Ediciones Jurídicas. Lima-Perú. 3ra. Edición. 2000. Pág. 29-30.

Asimismo, cabe destacar que ese poder es actual, pues no sabemos si el derecho garantizado existe, o incluso si al final va a ser amparado o no. Lo que ocurre en realidad es que sólo se va a dar cumplimiento a lo que manda el ordenamiento jurídico, a través de una sentencia, de una ejecución o de una medida cautelar, y “para cualquiera de estos fines, es necesario ejercitar el derecho de acción”.

De allí, que la medida cautelar tiene la característica de ser autónoma y puede ser acaparada. Sin embargo, el proceso o demanda (principal) puede resultar infundada. En ese caso, la medida cautelar quedará cancelada pero sin efecto retroactivo.

Según la legislación comparada, la teoría concreta de la acción formulada originalmente por un sector de la doctrina alemana a finales del siglo pasado y principios del presente, conciben a la acción como la “**pretensión de tutela del derecho**”; es decir, “no como un derecho al proceso simplemente, sino a una tutela jurisdiccional favorable a su titular. En otras palabras, no como un derecho a que se realice el proceso y a que se dicte una sentencia, sino como un derecho a que se preste por los órganos jurisdiccionales del Estado la tutela jurisdiccional pretendida”.<sup>42</sup>

El **derecho de acción**, es como su propio nombre lo indica, un derecho que le es inherente a toda persona, el cual se ejercita con la única finalidad de solicitar al Estado la tutela jurisdiccional respecto a un asunto determinado, pues la persona que lo ejercita concreta en realidad una pretensión procesal.<sup>43</sup>

En síntesis, podemos decir que la **acción cautelar** es el poder jurídico actual, la pretensión, el ejercicio del derecho que posee toda persona (demandante, demandado o tercero) y que se endereza a la tutela de ese derecho por el órgano jurisdiccional a través de un embargo o de cualquier otra medida similar, con independencia del proceso principal.

---

<sup>42</sup> CAROCCA PÉREZ, Alex. Garantía Constitucional de la Defensa Procesal. Editorial Bosch. Barcelona - España. 1998. Pág. 103.

<sup>43</sup> LOUTAYF RANEA, Roberto, citado por la Academia de la Magistratura. Tratado de las Medidas Cautelares. Editorial Jurídica Panamericana S.R.L. Buenos Aires – Argentina. Pág. 08.

#### 4.5 DEFINICION DE MEDIDA CAUTELAR

En principio, es preciso señalar que el término medida significa prevención, disposición; a su vez, prevención equivale al conjunto de precauciones tomadas para evitar un riesgo. En el campo jurídico, las medidas cautelares son aquellas que el legislador ha dictado con el objeto de que la parte vencedora no quede burlada en su derecho.<sup>44</sup>

Se ha venido sosteniendo por innumerables tratadistas que, las medidas cautelares surgen ante la insuficiencia del órgano jurisdiccional de garantizar que la sentencia que ampara la pretensión planteada en un proceso, sea satisfecha; ello por el inevitable transcurso del tiempo necesario para llevar a cabo los actos procesales que garanticen un debido proceso para las partes y además, porque no sólo se trata del tiempo previsto por la norma para la realización de todos y cada uno de los actos que conforman el proceso. Como sabemos, en la práctica la realidad desborda ampliamente tal previsión temporal, tal como lo señala el tratadista Blasco Pellicer.<sup>45</sup>

En efecto, la sobrecarga procesal hace que los procesos se dilaten en exceso, incrementándose así la posibilidad de que lo pretendido pierda su razón de ser o no pueda ejecutarse, ya sea por acción del propio tiempo o por la acción maliciosa de la otra parte.

Ahora bien, de no asegurarse la ejecución de la sentencia, entonces el Estado no habría cumplido con su obligación de otorgar a todo ciudadano, la tutela judicial efectiva que nuestra Constitución Política vigente reconoce.<sup>46</sup>

En este orden de ideas, la medida cautelar denominada también “**preventiva**” o “**precautoria**”, es aquella institución procesal mediante la cual el órgano jurisdiccional, a instancia de parte, asegura la eficacia o el cumplimiento de la sentencia a dictarse en el proceso que dirige, anticipando todos o determinados efectos del fallo, en razón de existir verosimilitud en el derecho invocado y peligro en que la demora en la sustanciación de la litis traiga como consecuencia que

---

<sup>44</sup> LA ROCHE, Ricardo. Medidas Cautelares. Editorial Centro de Estudios Jurídicos del Zulia-Maracaibo.

<sup>45</sup> BLASCO PELLICER, Ángel. Las Medidas Cautelares en el Proceso Laboral. Editorial Civitas. Valencia-España. 1996. Pág. 21-22.

<sup>46</sup> VECINA SIFUENTES, J. Las Medidas Cautelares en los Procesos ante el Tribunal Constitucional. Editorial Colex. Madrid-España. 1993. Pág. 28.



la decisión judicial no pueda reintegrar a la parte vencedora en el juicio la totalidad de su derecho.<sup>47</sup>

Tanto para **Carnelutti** como para **Piero Calamendrei**, la medida cautelar no es la actividad, proceso, fallo-cautelar, un tertium genus, pues ella puede encontrarse tanto en la cognición como en la ejecución. De tal modo, que puede hablarse de un proceso (fallo) cautelar de cognición (o declarativo) y de un proceso (fallo) cautelar de ejecución.

En ese sentido, no existe mayor diferencia con relación a lo establecido por la doctrina alemana, ya que esa doctrina los sitúa como apéndice de la ejecución forzada. O, a la inversa, se anexa el proceso cautelar al proceso de cognición.

Sin embargo, **Giuseppe Chiovenda** superó esta concepción y sostuvo que “la actuación de la ley en el proceso puede asumir tres formas: cognición, conservación y ejecución”; es decir tres tipos de proceso: Proceso de Cognición, Proceso de Ejecución y Proceso Cautelar, que es como modernamente se le entiende, y así también nuestro Código Procesal Civil vigente.

Es a partir de ahí, que ha surgido una diferenciación entre varios conceptos y manifestaciones (acción, proceso, providencia y medida) de la actividad cautelar. **Martínez Botos**, por su parte nos da un concepto de medida cautelar y nos dice que es aquella que tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través del proceso en el que se dicta la providencia cautelar, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurra entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva.<sup>48</sup>

**Carnelutti** en su obra *Instituciones del Proceso Civil* señala que cautelar se llama al proceso cuando, en vez de ser autónomo, sirve para garantizar (constituye una cautela para) el buen fin de otro proceso (definitivo); por eso cautelar puede ser, no un proceso entero, sino un acto (una providencia) del proceso definitivo. Siendo que, lo que hay de diferente cuando el proceso es cautelar en comparación con el efecto del proceso definitivo, es el aspecto temporal de la

---

<sup>47</sup> HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. El Embargo y Otras Medidas Cautelares. Editorial San Marcos. Lima-Perú. Tercera Edición. 2007. Pág. 15.

<sup>48</sup> MARTÍNEZ BOTOS, Raúl. Medidas Cautelares. Editorial Universo. Buenos Aires - Argentina. 1990. Pág. 28.

eficacia, la cual si el proceso es cautelar y, por tanto, no tiende más que ha garantizar el proceso definitivo, no hay razón para que dure después del momento en que se extingue o se cierra el proceso definitivo, que constituye un presupuesto de ella.<sup>49</sup>

**Monroy Palacios**, conceptúa a la medida cautelar como aquel instituto procesal a través del cual el órgano jurisdiccional, a petición de parte, adelanta ciertos efectos o todos de un fallo definitivo o el aseguramiento de una prueba, al admitir la existencia de una apariencia de derecho y el peligro que puede significar la demora producida por la espera del fallo definitivo o la actuación de una prueba.<sup>50</sup>

**De Lázzari** señala por su parte que las medidas cautelares constituyen una actividad preventiva que, enmarcada en esa objetiva posibilidad de frustración, riesgo o estado de peligro y a partir de una base de razonable orden de probabilidades acerca de la existencia del derecho que invoca el peticionante, según las circunstancias, y exigiendo el otorgamiento de garantías suficientes para el caso de que la petición no sea recibida, la solicitud de determinada medida cautelar va a lograr de alguna manera anticipar los efectos de la decisión de fondo, ordenando la conservación o mantenimiento del estado existente o, a veces la innovación del mismo, según la naturaleza de los hechos sometidos a juzgamiento.<sup>51</sup>

Por ello, no puede existir confusión entre proceso cautelar y medida cautelar, como tampoco puede haberla entre ésta y providencia cautelar. Al respecto, **Juan Monroy Gálvez** señala que por medio del proceso cautelar podemos obtener una medida cautelar.

Toda medida cautelar tiene dos fines: uno concreto y otro abstracto. En cuanto al primero, con la medida cautelar se pretende asegurar que el fallo definitivo se cumpla, y con respecto al segundo, se busca lograr el fortalecimiento de la confianza social en el servicio de justicia con el siguiente criterio: si las decisiones finales se van a poder ejecutar; es decir, si van a ser eficaces, entonces se va a prestigiar el servicio de justicia ante su comunidad.

---

<sup>49</sup> CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del Proceso Civil. Buenos Aires. Editorial Ejea.1973. Págs. 86 - 158.

<sup>50</sup> MONROY PALACIOS, Juan José. Bases para la formación de una Teoría Cautelar. Lima – Perú. Editorial Industria Gráfica. Pág. 85-86.

<sup>51</sup> NÉSTOR DE LÁZZARI, Eduardo. Medidas Cautelares. Editorial Platense. La Plata - Argentina. 1989. Pág. 6.

En tal sentido, las medidas cautelares no son autónomas, sino accesorias de un proceso de cognición o principal. En su generalidad se entiende que para su aplicación debe el peticionante otorgar una garantía para la aplicación de las mismas conocida como la contracautela, real o personal, a la que nos suscribimos siguiendo la orientación de conocidos tratadistas como **Podetti, Cernelutti, Eduardo N. de Lázzari, Norberto J. Novellino, Martínez Botos**, entre otros.

Asimismo, es preciso establecer la diferencia que existe entre la providencia y la medida cautelar. Así, podemos decir que la medida cautelar es la providencia cautelar; es decir el fallo llevado a cabo.

Por otro lado, entre la medida cautelar y la sentencia, hay notorias diferencias. La medida cautelar es esencialmente mutable; es decir que incluso después de haberse llevado a cabo podrá ser sustituida por otra medida, o inclusive ampliarse, disminuirse o variarse.

Indudablemente la medida cautelar tiene un papel trascendente dentro de los fines primordiales de la jurisdicción, constituyendo una de las tres formas en que ésta se manifiesta (a la cognición y a la ejecución, debe agregarse la actividad cautelar).

En realidad, no existe una definición uniforme de medida cautelar. Por ello, en principio es necesario resaltar ciertas características que la tipifican:

- Es un instituto de raigambre procesal.
- Es un medio de prevención (la eficacia de la sentencia que recaiga en el proceso principal).
- Forma parte de la actividad cautelar por lo que constituye una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Según la definición del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, las denominadas medidas cautelares tienen por objetivo proteger derechos cuyo reconocimiento, se pide al juez, preservando al mismo tiempo el statu quo tanto de hecho como del derecho.

En la práctica estas medidas permitirán a un acreedor asegurarse contra el riesgo de no ser pagado recurriendo a dos técnicas: convertir en inalienables los bienes del deudor o gravarlos con garantías que confieren al acreedor un derecho de ejecución si estos bienes cambian de manos.<sup>52</sup>

La medida cautelar también es denominada medida precautoria o preventiva, la cual constituye una institución procesal por la cual el órgano jurisdiccional, a petición de quien ostenta un derecho verosímil y que se halla en peligro, expide un fallo provisional que tiende a asegurar el cumplimiento de la sentencia que recaiga en el proceso principal.

Cabe precisar que el Boletín Informativo de la Gaceta Judicial del Poder Judicial peruano nos brinda el siguiente concepto de medidas cautelares y nos dice lo siguiente: “Las medidas cautelares son medios técnicos considerados como procesos autónomos que tienen como finalidad asegurar a un justiciable el cumplimiento de la decisión judicial que pueda dictarse en el proceso principal que dilucide la pretensión sustancial planteada o por plantearse.”

Vemos así que en nuestro país, el Artículo 608 del Código Procesal Civil disciplina que **“todo Juez puede, a pedido de parte, dictar medida cautelar antes de iniciado un proceso o dentro de éste, destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva”**.

La Jurisprudencia Argentina establece que las medidas cautelares son actos procesales que se adoptan antes de deducida la demanda o después de ella para asegurar bienes o mantener situaciones de hecho existentes al tiempo de aquella y con el objeto de preservar el cumplimiento de la sentencia, que, en definitiva recaiga al final del proceso.

Por lo tanto, podemos decir que las medidas cautelares aparecen como los medios jurídico-procesales que tienen por función evitar que se realicen actos que impiden o dificulten la

---

<sup>52</sup> NORO VILLAGRA, Jorge. Las Medidas Cautelares. Editorial Platense. La Plata - Argentina. 2001. Pág. 111-119.

efectividad de la satisfacción de la pretensión, y esa función se lleva a cabo mediante una incidencia en la esfera jurídica del demandado adecuada y suficiente para producir ese efecto.

Una medida cautelar no constituye una situación jurídica definitiva, dado que genera un cambio jurídico o material con la finalidad de asegurar la eficacia de la decisión definitiva que va a ser expedida en el proceso de cognición.

Consecuentemente, la medida cautelar no crea una situación jurídica a partir de la cual se puedan transmitir o disponer otros derechos.<sup>53</sup>

#### **4.5.1 CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES**

Las medidas cautelares se caracterizan por los siguientes elementos que son constitutivos de las mismas:

##### **a. PREJUZGAMIENTO**

Mediante la medida cautelar, se adelanta preliminarmente la decisión final del Juez en un proceso determinado. De manera que, el Juez para decretar la respectiva medida cautelar deberá exigir la presentación de los recaudos pertinentes y, observar de igual modo, los requisitos establecidos en el Código Procesal Civil.

Así, por ejemplo, para decretar la asignación provisional de alimentos se requiere la presentación de la Partida de Nacimiento donde conste el parentesco y la obligación. En los procesos de divorcio por ejemplo, antes de la sentencia, el Juez puede ordenar que cada cónyuge viva en su propio domicilio (Art. 680 del Código Procesal Civil).<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> MONROY PALACIOS, Juan José. La Tutela Procesal de los Derechos. Editorial Palestra. Lima-Perú. 2004. Pág. 71.

<sup>54</sup> ZVALETA CARRUITERO, Wilvelder. Código Procesal Civil Comentado. Lima – Perú. Editorial Rodhas. 2002. Pág. 899.

## **b. INSTRUMENTALIDAD**

En principio, es preciso mencionar que la tutela cautelar aparece configurada, con relación a la actuación del derecho sustancial, como una tutela mediata, pues más que para hacer justicia sirve para asegurar el eficaz funcionamiento de ésta, o bien que el proceso mediante el cual esa tutela se exterioriza persigue, como objetivo inmediato, garantizar el buen fin de un proceso distinto.<sup>55</sup>

En ese sentido, sólo pueden adoptarse estando pendiente un proceso principal y en el caso de que puedan obtenerse previamente a éste, la no incoación del proceso dentro de cierto plazo opera como condición resolutoria de la medida acordada. Las Medidas Cautelares no constituyen un fin en sí mismo, sino que sirven para asegurar los derechos que se definen en el proceso principal.

El instituto cautelar se atiende más que a la finalidad de actuar el derecho, a conseguir el efecto inmediato de asegurar la eficacia práctica de las providencias definitivas. De modo tal, que la tutela cautelar es con relación al derecho sustancial una tutela mediata, pues más que hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de ésta.

En virtud de ésta característica toda medida cautelar es conducente a hacer viable y posible la tutela jurisdiccional efectiva que pudiera otorgarse en una sentencia favorable a dictarse en un proceso de cognición o de ejecución.

La medida cautelar se subordina al fallo o medida definitiva, no es por tanto independiente del proceso principal (definitivo). El proceso principal puede existir sin el cautelar, pero este proceso en principio no podría existir sin aquel.<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> MARTÍNEZ BOTOS, Raúl. Medidas Cautelares. Editorial Univ. Buenos Aires - Argentina. 1990. Pág. 78-79.

<sup>56</sup> CASTAÑEDA, Jorge E. y Otros. “DIRECTUM: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Federico Villarreal”. Lima – Perú. Editorial Universidad Nacional Federico Villarreal. 2000. Págs. 61-72.

En síntesis, se puede decir que las medidas cautelares son instrumentales, porque no tienen un fin en sí mismas, sino que constituyen un accesorio de otro proceso (que viene a ser el principal), del cual dependen y a la vez, aseguran el cumplimiento de la sentencia que vaya a dictarse.<sup>57</sup>

### c. PROVISIONALIDAD

Esta característica es la más definitiva y propia de las medidas cautelares, y la entenderemos mejor si diferenciamos los conceptos de **temporalidad** y **provisoriedad**. El primero es aquello que no dura siempre, que tiene una duración limitada; en cambio, lo provisorio es aquello que está destinado a durar hasta tanto no ocurra un hecho sucesivo y esperado. En este sentido, la medida cautelar no solo es temporal, sino que también se encuentra a la espera de cualquier decisión futura que varíe su estado.<sup>58</sup>

Las Medidas Cautelares deben extinguirse cuando el proceso principal termine. Si la pretensión interpuesta en ese proceso no es estimada, la medida debe extinguirse, porque ya no hay efectos que requieran ser asegurados. Entonces, si la pretensión ha sido estimada, la medida también debe extinguirse, porque entonces ya pueden desplegarse los efectos propios de la sentencia principal.

Una medida cautelar es provisorio, porque es interina, porque su duración es limitada en relación con el proceso en el que se ha dictado. En síntesis, es provisorio, porque está en función al fallo o decisión principal que sería definitiva.<sup>59</sup>

La provisionalidad como característica propia de las medidas cautelares constituye un anticipo de la garantía jurisdiccional de defensa de la persona y de los bienes. Es por ello que, cuando alcanza la calidad de cosa juzgada el pronunciamiento sobre el fondo del asunto, se extingue

---

<sup>57</sup> MARTÍNEZ BOTOS. Medidas Cautelares. Editorial Universidad. Buenos Aires-Argentina. 1990. Pág. 78.

<sup>58</sup> MARTEL CHANG, Rolando A. Tutela Cautelar y Medidas Autocompositivas en el Proceso Civil. Lima. – Perú. Editorial Palestra. 2003. Pág. 73-74.

<sup>59</sup> CASTAÑEDA, Jorge E. y Otros. “DIRECTUM: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Federico Villarreal”. Revista Nro. 1. Editorial Univ. Nac. Federico Villarreal. 2000. Pág. 74.

ipso iure la eficacia de la resolución cautelar; porque a partir de ese instante pierde su razón de ser y se agota.<sup>60</sup>

#### **d. VARIABILIDAD**

Toda medida cautelar puede sufrir modificaciones o cambios, en cuanto a la forma, monto y bienes. En efecto, la obtención de una medida cautelar no implica su invariabilidad, sino que ella puede ser modificada, sea a pedido del accionante o del afectado (Art. 617 del Código Procesal Civil Peruano).

Consiste en un conjunto de efectos jurídicos diferentes según las medidas, que por regla general, coinciden sólo parcialmente con los efectos propios de la sentencia principal, si bien en algún supuesto pueden llegar a coincidir con estos en su resultado práctico, pero siempre con el carácter provisional que se deduce del punto anterior.

En todo caso, la instrumentalidad de la medida cautelar la hace incidir como instrumentalidad variable sobre la situación jurídica a la que se refiere la pretensión del proceso principal y sobre la que se proyectará la sentencia que en éste se dicte.

En realidad será el Juez quien finalmente decida al respecto, en razón del poder de cautela que la ley procesal confiere a éste, facultándolo a conceder la medida adecuada al derecho que se pretende garantizar y a acceder o denegar el pedido de variación de la medida.<sup>61</sup> Así, tenemos un ejemplo: si el favorecido con la medida cautelar no acredita su derecho durante la etapa probatoria, la medida cautelar podrá ser disminuida.

Por el contrario, si el derecho tutelado con aquella medida resulta sólido, el titular del derecho podrá solicitar medidas cautelares adicionales que refuercen su derecho cada vez más cercano a

---

<sup>60</sup> MARTÍNEZ BOTOS. Medidas Cautelares. Editorial Universidad. Buenos Aires-Argentina. 1990. Pág. 80.

<sup>61</sup> MARTEL CHANG, Rolando A. Tutela Cautelar y Medidas Autocompositivas en el Proceso Civil. Lima. Editorial Palestra. 2003. Pág. 76.



la certeza; es decir que aún antes del fallo definitivo, la medida cautelar puede sufrir modificaciones en cantidad o en calidad.<sup>62</sup>

Por su parte, el **Código Procesal Civil y Comercial de Argentina** establece que las medidas cautelares tienen la característica de ser “**flexibles**”, toda vez que estas pueden ser ampliadas, mejoradas o sustituidas por su requirente, siempre y cuando se pruebe que tales medidas no cumplen con su función principal de garantía. Así también, el afectado con la medida puede solicitar la sustitución por otra menos gravosa o el reemplazo de los bienes cautelados por otros del mismo valor o, la reducción del monto por el que aquella fue trabada, según lo previsto en el Art. 203 del citado Código Procesal.<sup>63</sup>

#### **e. AUTONOMÍA**

En principio debemos tener en cuenta que el jurista español **Serra Domínguez** señala que no puede hablarse de autonomía del proceso cautelar, pues resulta obvio que la tramitación de una medida cautelar, si bien se efectúa en cuaderno separado, se encuentra permanentemente ligada a la tramitación del proceso principal que intenta asegurar. Sin embargo, cuando se habla de esta característica no se hace alusión al mero procedimiento, sino al contenido esencial, a los rasgos que determinan la función del instituto.

De esta forma, la autonomía debe ser analizada según la finalidad que persigue la prestación cautelar, pues mientras el objetivo del proceso judicial consiste en solucionar un conflicto de intereses o la incertidumbre jurídica, la cautela busca garantizar la eficacia de dicho proceso. Por lo tanto, se trata de una autonomía teleológica y no procedimental.

#### **f. CONTINGENCIA**

Este no solo es un atributo que caracteriza a la medida cautelar en sí misma, sino implica un deber del juez de otorgar medidas adecuadas, conjugando tanto la necesidad de proteger la

---

<sup>62</sup> CASTAÑEDA, Jorge E. y Otros. “DIRECTUM: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Federico Villarreal”. Revista Nro. 1. Lima – Perú. Editorial Universidad Nacional Federico Villarreal. 2000. Pág. 77.

<sup>63</sup> KIELMANOVICH, Jorge L. Medidas Cautelares. Editorial Rubinzal – Culzoni. 2004. Buenos Aires – Argentina. Pág. 47.

eficacia de la sentencia como los intereses del demandado, es por ello que la resolución cautelar se otorga en virtud de una probabilidad y no de una certeza.<sup>64</sup>

#### **g. JURISDICCIONALIDAD**

Porque la Medida Cautelar está reservada a la decisión de una autoridad judicial. Esta característica no es absoluta, pues la facultad de dictar medidas cautelares no solo está reservada como exclusiva para el Estado a través de sus órganos jurisdiccionales, sino que el legislador ha brindado la posibilidad para que algunos organismos y/o autoridades administrativas tengan también la posibilidad de dictarlas.

Esta característica se aprecia en dos sentidos: La jurisdiccionalidad en las medidas cautelares significa que éstas emanan o se originan de una decisión judicial; es decir, como un acto jurídico procesal realizado por el órgano jurisdiccional. Por otro lado, debe entenderse como un medio a través del cual el órgano jurisdiccional se convierte en eficaz.

Cabe mencionar, que en el estado actual de evolución de la institución, no es una manifestación exclusiva de los órganos jurisdiccionales, puesto que algunos órganos administrativos están facultados para expedir una medida cautelar.

Así, la Oficina de Derechos de Autor del Indecopi puede expedir este tipo de proveídos, también la Ley de Propiedad Industrial autoriza esta clase de medidas cautelares y así podemos mencionar a otras entidades que tienen esta Facultad.<sup>65</sup>

#### **h. REVOCABILIDAD**

Está relacionada con su carácter de provisoriedad. El Juez que concedió la medida cautelar tiene expedita la posibilidad de revocar o extinguir su propia resolución cautelar dictada; es decir que el

---

<sup>64</sup> MONROY PALACIOS, Juan José. Bases para la formación de una Teoría Cautelar. Editorial Comunidad. Lima – Perú. Pág. 139-161.

<sup>65</sup> CASTAÑEDA, Jorge E. y Otros. “DIRECTUM: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Federico Villarreal”. Revista Nro. 1. Lima – Perú. Editorial Universidad Nacional Federico Villarreal. 2000. Pág. 78-79.

Juez al verificar las circunstancias analizadas deja sin efecto una medida dictada por él, es decir que la cancela o extingue sin que exista la posibilidad de dictar otra que la sustituya.

Evidentemente, existen otras formas de llegar a la revocabilidad de las medidas cautelares, así tenemos que vía recursiva el superior puede revocar la medida. De otra manera esta revocabilidad se puede apreciar con las formas de conclusión anticipada del proceso (desistimiento, conciliación, etcétera).

#### **i. DISCRECIONALIDAD**

Algunos tratadistas consideran que la discrecionalidad se presenta cuando la autoridad jurisdiccional se decide por no admitir lo solicitado por el justiciable, emitiendo entonces un pronunciamiento en contrario a los intereses del peticionante.

Es en este extremo en el que se reconoce la capacidad discrecional que tienen los jueces para atender o denegar el pedido de tutela cautelar, tomando en cuenta la pretensión que se ventila en el proceso principal. Por ello, el juez tiene plena libertad para decidirse por una medida cautelar desde dos perspectivas: por la seguridad del justiciable y por la eficacia del servicio jurisdiccional.<sup>66</sup>

#### **j. RESPONSABILIDAD**

Para Podetti, toda medida cautelar importa siempre la responsabilidad a favor de quien la solicita pero ésta se otorga por cuenta y riesgo de quien la pide.<sup>67</sup> Es por ello, que el uso indebido o abusivo de las medidas cautelares generan la responsabilidad que nos ocupa, pues al solicitar una medida cautelar sin tener derecho ni legitimidad para ello, hace responsable a su autor de los perjuicios que ocasione a la parte contraria, ya que al obrar de mala fe procesal en solicitar y obtener una medida cautelar sin tener derecho, conlleva a imputar responsabilidad en su contra.

---

<sup>66</sup> HURTADO REYES, Martín Alejandro. Apuntes de las Medidas Cautelares en el Proceso Civil. Lima – Perú. Pág. 74-78.

<sup>67</sup> PODETTI, Ramiro. Tratado de la Medidas Cautelares. Editorial Ediar. 1956. Pág. 128.

#### **k. INAUDITA ET ALTERA PARS (SIN OÍR A LA PARTE CONTRARIA)**

El juez toma la decisión de amparar o denegar la petición cautelar sin oír a la parte contraria, es decir, sin notificar de tal pedido, exigencia que para algunos resulta adecuada para que no se frustre la finalidad de la medida cautelar como es su eficacia; sin embargo, para otros en cambio, es injustificado que se conceda sin previamente notificar a la parte que se verá afectada.

En efecto, si se procede de modo contrario; es decir, que si para tomar la decisión en primer término se notifica del pedido al que va a resultar afectado con él, se pone en inminente peligro la finalidad de la medida cautelar, pues el emplazado podría poner a buen recaudo sus bienes y derechos, haciendo ilusorio el derecho del peticionante de la providencia.

En la práctica judicial actual, se aprecia mínimamente que el afectado con una medida cautelar alegue la violación al derecho de contradicción, lo cual es así porque los operadores jurídicos han terminado por comprender la valía y utilidad de este instituto cautelar en el servicio de justicia.

#### **l. EXPEDITIVO Y SUMARÍSIMO**

Porque toda petición cautelar presupone urgencia. El tiempo es un elemento fundamental en este proceso, razón por la cual el justiciable requiere del órgano jurisdiccional una actuación de inmediato.

El sustento de esta actuación legal reside en el simple y contundente motivo de que toda petición cautelar presupone urgencia, razón por la cual debe decidirse rápidamente, verificando siempre la concurrencia copulativa de los presupuestos para la concesión de la medida cautelar y de la contracautela para su ejecución.<sup>68</sup>

#### **m. TEMPORALIDAD**

No pueden durar más allá que la tramitación, o solución final del proceso principal, del cual son dependientes, su duración es limitada, existen eventualmente durante el proceso, no nacen además con vocación de perpetuidad.

---

<sup>68</sup> MARTEL CHANG, Rolando A. Tutela Cautelar y Medidas Autocompositivas en el Proceso Civil. Lima. – Perú. Editorial Palestra. 2003. Pág. 61-64.

## n. ANTICIPACIÓN DE LA EJECUCIÓN

Esta característica supone que la medida opera necesariamente anticipando los futuros efectos de la sentencia definitiva, vale decir, de lo que posteriormente, en la conclusión del proceso, se debiera ejecutar,<sup>69</sup> que se denomina tutela anticipada.

### 4.5.2 PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Uno de los aspectos más resaltantes de nuestro actual Código Procesal Civil vigente, versa sobre la discrecionalidad de la que goza el Juez Civil para dictar medidas cautelares. Y, ello es así, dado que al analizar los **Artículos 611 y 697**, así como los **Artículos 618, 674, 682 y 697**; se puede considerar que el Juez una vez que ha verificado los presupuestos generales de la concesión, que no son otros que la aparente existencia del derecho invocado por el solicitante de la cautela y el correspondiente peligro en la demora que amenaza tal derecho, **puede dictar una medida cautelar en la forma solicitada o la que considere adecuada**, atendiendo previamente a la naturaleza de la pretensión principal.

La medida cautelar que va a conceder el Juez a favor del actor, puede ser una medida que se encuentra prevista en nuestro ordenamiento jurídico (típica) o una que no está normada, tal es el caso de las medidas cautelares atípicas o genéricas.<sup>70</sup>

Consecuentemente, una medida cautelar no puede ser concedida sólo con la pura y simple petición del solicitante, pues es necesario que el órgano jurisdiccional confirme la concurrencia de una serie de presupuestos o requisitos que van a justificar la concesión de una determinada medida cautelar.

---

<sup>69</sup> PELÁEZ BARDALES, Mariano. Manual Práctico el Proceso Cautelar. Editora Jurídica Grijley. 2005. Pág. 16. Lima-Perú.

<sup>70</sup> ARIANO DEHO, Eugenia. Las Medidas Cautelares, citada en el DIARIO OFICIAL “EL PERUANO”. Año 1, Nro. 3. Lunes 24 de mayo de 2004.

En efecto, la corroboración de tales presupuestos va a fundamentar que el demandante sea protegido con la medida cautelar para el supuesto de que se obtenga una resolución favorable a su derecho.<sup>71</sup>

Las medidas cautelares como cualquier institución de derecho para su procedencia están sujetas a elementos necesarios, éstos requisitos resultan indudablemente imprescindibles para el otorgamiento o denegatoria de una medida cautelar y a la vez se constituye en una barrera que impide el abuso que ellas pretendan hacer con los justiciables y a la arbitrariedad del órgano jurisdiccional de concederlas indiscriminadamente.

La estructura de una norma procesal configuradora de una medida cautelar es la misma de otras normas jurídicas: prevé, en primer término, un supuesto de hecho, unos presupuestos, y concurriendo éstos, ordena que se desarrollen unas consecuencias jurídicas, unos efectos.

#### **a. LA SITUACIÓN JURÍDICA CAUTELABLE Y LA APARIENCIA DE DERECHO**

En principio, cabe señalar que la finalidad de todo proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia o resolución definitiva que debe recaer en otro proceso, al cual se halla necesariamente ligado por un nexo de instrumentalidad.

De manera que, para obtener el pronunciamiento de una resolución que estime favorablemente una pretensión cautelar, es suficiente con la comprobación de la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por el actor, tradicionalmente denominado *fumus boni iuris*, pues según el cálculo de probabilidades, podrá ser posible anticipar que en el proceso principal se declarará la certeza del derecho.<sup>72</sup>

Siguiendo, es pertinente mencionar que la doctrina denomina a este presupuesto como **Verosimilitud o Apariencia del Derecho Invocado**. Por este presupuesto, el Juez debe realizar

---

<sup>71</sup> ÁNGELES JOVÉ, María. Medidas Cautelares Innominadas en el Proceso Civil. Editorial Bosh S.A. Barcelona-España. 1995. Pág. 29.

<sup>72</sup> MARTINEZ BOTOS, Raúl. Citado por la Academia de la Magistratura en el material de lectura para cursos a distancia sobre el tema: Presupuestos para la adopción de la providencia cautelar. Editorial Universo. Buenos Aires - Argentina. 1990. Pág. 15.

una estimación o cálculo de probabilidad que le permita persuadirse que el derecho cuya cautela se pide, existe en principio, según **Ejecutoria Suprema N.º 22-01-98**.<sup>73</sup>

Este presupuesto de la medida cautelar consiste en la determinación de la situación jurídica a la que se refiere la pretensión del proceso principal y para cuya tutela cautelar se establece la medida. Los modos que el Derecho positivo utiliza para definir esa situación jurídica cautelable son muy variados.

En unos casos esa situación se define en términos jurídico-materiales. Por ejemplo, deudas en metálico o en especie, obligación de hacer o no hacer, o, de entregar cosas determinadas o específicas).

En otros casos, la definición incluye cierta referencia a la pretensión ejercitada en el proceso principal, aunque expresada en superados términos romanistas, pero también a la situación jurídica material en que la pretensión se funda. Por ejemplo, la acción real que tenga por objeto cosa mueble, reclamar el pago de una deuda, demandar en juicio la propiedad.

No obstante, respecto a este presupuesto de las medidas cautelares no preocupa tanto la delimitación de la situación jurídica cautelable, cuanto el problema del grado de demostración de esa situación jurídica necesaria y suficiente para que el juez pueda adoptar una medida cautelar. De ahí que la referencia a este presupuesto se haga siempre con los términos de apariencia de derecho o *fumus boni iuris*.

Las medidas cautelares son concedidas antes de la culminación del proceso principal, dado que el juzgador se vale para ello de una apreciación aproximada del caso concreto; es decir, que sólo tendrá un conocimiento sumario respecto del conflicto, ya que su decisión sólo estará basada en criterios de “mera probabilidad” (verosimilitud).

Si bien el objeto del proceso principal es distinto del objeto de la discusión cautelar (autonomía), no se debe olvidar que ésta contiene una función instrumental respecto de la primera, en virtud de su carácter aseguratorio (garantía procesal).

---

<sup>73</sup> HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. El Embargo y Otras Medidas Cautelares. Lima – Perú. Editorial San Marcos. Pág. 205.

Consecuencia del párrafo anterior, tenemos que el conocimiento del estado del proceso principal (el cautelar es un procedimiento o incidente y no un “proceso secundario”) resulta necesario para la concesión de la medida cautelar solicitada por el actor, ya que para la situación jurídica (protección) de éste, deberá existir una probabilidad de que el derecho del actor será declarado fundado al finalizar el proceso.<sup>74</sup>

La previsión legislativa de medidas cautelares es explicable por la consideración de un eventual resultado procesal favorable al actor. Cuando se inicia un proceso esta eventualidad es, desde luego, siempre posible. Sin embargo, así como sería inicuo condicionar el acceso al proceso a una cierta demostración preliminar de la realidad del derecho que se hace valer, por cuanto supondría cortar la posibilidad misma de reconocimiento del derecho, es, por el contrario, aceptable que para la concesión de una medida cautelar, que implica una injerencia en la esfera jurídica del demandando se requiera que pueda formarse un juicio positivo sobre un resultado favorable al actor.

Ahora bien, esa exigencia no puede llevarse hasta el extremo de que el material (alegaciones, pruebas) que el juez deba tomar en consideración para otorgar la medida, tenga que ser el mismo que el necesario para resolver sobre el objeto del proceso principal, y deba ser aportado y tratado del mismo modo que para este último se halla establecido.

De ser así, se incurriría en una duplicación de la instrucción, pero, sobre todo, la medida cautelar no podría cumplir la función que tiene encomendada, pues, se reproduciría a su respecto el obstáculo que está destinada a superar: el retraso de la resolución eficaz para incidir en la esfera jurídica del demandado, impuesto por la necesidad de una actividad procesal previa orientada a verificar, con todas las garantías, la concurrencia de los presupuestos de aquella resolución.

Para que la medida cautelar pueda cumplir su función, la demostración de la situación jurídica cautelable ha de quedar en el grado de la mera probabilidad, de la prueba semiplena, del acreditamiento, sin necesidad de alcanzar la plena convicción del juez.

---

<sup>74</sup> MONROY PALACIOS, Juan José. La Tutela Procesal de los Derechos. Editorial Palestra. Lima-Perú. 2002. Pág. 262-263.



Para llegar a ese resultado no es preciso poner en juego todos los medios de prueba, ni el procedimiento normal de su práctica, sino que la ley considera suficiente un principio de prueba, por regla general resultante de documentos (aunque estos no deben someterse al procedimiento de práctica de la prueba documental).

Por lo tanto, la verosimilitud no exige comprobación de certeza, sino solamente probabilidad del derecho. El accionante debe persuadir al Juez de la verosimilitud de su derecho con los hechos expuestos en la solicitud cautelar y la prueba aportada a ella.<sup>75</sup>

Así, para el profesor peruano Monroy Gálvez el requisito de apariencia puede estar en un instrumento público o privado o, de pronto, en la contundencia con que están descritos los hechos que sustentan la pretensión de la demanda, aunque creo que ello no debe entenderse literalmente para todas las peticiones. En cualquier caso, se trata de un requisito cuya evaluación no es posible normarla al detalle, estando sometida a la decisión del juzgador que, para no ser arbitraria, deberá estar expresada en la resolución cautelar admisorio o denegatorio.<sup>76</sup>

Es conveniente hacer referencia a la presunción de la verosimilitud del derecho, dado que según la legislación argentina (**Código Procesal Civil y Comercial**), la procedencia de la mayor parte de medidas cautelares está supeditada a la justificación de la verosimilitud del derecho.

Sin embargo, en algunas situaciones la ley presume esta última circunstancia, por ejemplo, cuando se pretende obtener tales medidas contra la parte declarada en rebeldía (**Arts. 63 y 212 inc.1**) o la traba de un embargo preventivo por quien logró una sentencia a su favor (**Art. 212 inc.3**), aunque estuviere recurrida.

Finalmente, cabe acotar que la comprobación de este requisito sólo es exigible cuando se hallan cuestionados los derechos de índole patrimonial. No obstante, si se trata de procesos o simples medidas cautelares tendientes a la guarda o internación de personas (Art. 234 y 629), resulta

---

<sup>75</sup> MARTEL CHANG, Rolando A. Tutela Cautelar y Medidas Autocompositivas en el Proceso Civil. Lima. – Perú. Editorial Palestra. 2003. Pág. 70.

<sup>76</sup> CABANI BRAIN, Renzo. Estudios sobre las medidas cautelares en el proceso civil. Lima. – Perú. Primera Edición. Gaceta Jurídica. 2010. Pág. 196.

suficiente la concurrencia de determinadas circunstancias que acrediten el derecho invocado, la situación de peligro o el daño inminente a que se hallan expuestas.

#### **b. EL PRESUPUESTO DEL PELIGRO EN LA DEMORA**

Este presupuesto procesal es conocido en la doctrina bajo el nomen iuris de “**periculum in mora**”, el cual consiste en la constatación por parte del Juez de la urgencia en conceder de inmediato la medida cautelar solicitada a través de la cual se garantice el cumplimiento del fallo definitivo.

Sin embargo, muchas veces ésta jamás se ejecuta con eficacia. El peligro al que se hace mención y que resulta gravitante en una medida cautelar, es aquel que surge de la demora en la obtención del fallo definitivo **Ejecutoria N.º 10-06-98**.<sup>77</sup> Entonces, para asegurar una situación debe alegarse la amenaza de un peligro sobre esta. En el contexto del proceso, debe existir un peligro de que se frustre la posibilidad con relación al demandante sobre la obtención de una satisfacción procesal plena.<sup>78</sup>

Para Rivas, el peligro en la demora habrá de ser apreciado con relación a la urgencia en obtener protección especial dados hechos indicativos de la irreparabilidad o el grave daño que puede significar esperar al dictado de sentencia.<sup>79</sup>

Al igual que el presupuesto de verosimilitud del derecho, este presupuesto constituye un requisito específico de fundabilidad de la pretensión cautelar, es decir, el peligro probable de que la tutela jurídica definitiva que espera alcanzar el actor con la sentencia a dictarse en el proceso principal, no pueda hacerse efectiva en su totalidad.

---

<sup>77</sup> HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. El Embargo y Otras Medidas Cautelares. Lima – Perú. Editorial San Marcos. Pág. 214.

<sup>78</sup> MONROY PALACIOS, Juan José. La Tutela Procesal de los Derechos. Editorial Palestra. Lima-Perú. 2002. Pág. 263.

<sup>79</sup> RIVAS ADOLFO, Armando. Las medidas cautelares en el Derecho Peruano. Jurista Editorial. Lima-Perú. 2005. Pág. 43.

En otras palabras, se requiere la existencia de un temor fundado en la configuración de un daño a un derecho, cuya protección se persigue y que, de no hacerlo en forma inmediata, se corre el riesgo de que en el supuesto de recaer sentencia definitiva favorable, ésta permanezca incumplida.<sup>80</sup>

“La necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para quien tiene la razón”<sup>81</sup>. Es deber de todo ordenamiento jurídico prevenir la amenaza o la perpetración de un daño con ocasión de la petición y el otorgamiento de tutela judicial efectiva. Ello nos induce, a partir de la doctrina, establecer algunas precisiones sobre el concepto de daño y la noción de peligro.

El concepto de daño como concepto jurídico y, antes de todo, como concepto económico -explica Ugo Rocco - es propio no sólo del derecho privado, civil y comercial, no sólo del derecho público interno (constitucional, administrativo, penal) o internacional, sino también del derecho procesal, puesto que representa un concepto jurídico fundamental. Precisa seguidamente que todo daño provoca, en general, detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia; el daño jurídico, en consecuencia, puede considerarse como la sustracción o disminución de un bien, pero al mismo tiempo puede concebirse como la supresión o afectación de un interés, sea éste tutelado por una norma jurídica en la forma de un derecho subjetivo, sea tutelado en la forma de un simple interés<sup>82</sup>.

Este presupuesto se integra por aquellos riesgos que pueden amenazar la efectividad de la sentencia del proceso principal, por la necesaria demora en emitirla, y que la medida cautelar se dirige precisamente a conjurar. Estos riesgos presentan una gran variedad, sin embargo, señalaremos algunas clases:

---

<sup>80</sup> MARTINEZ BOTOS, Raúl. Citado por la Academia de la Magistratura en el material de lectura para cursos a distancia sobre el tema: Presupuestos para la adopción de la providencia cautelar. Editorial Universo. Buenos Aires - Argentina. 1990. Pág. 17.

<sup>81</sup> Eduardo GARCÍA DE ENTERRIA citado por PÉREZ RÍOS, Carlos Antonio en su Tesis del Estudio integral de las medidas cautelares en el proceso civil peruano. Lima – Perú. 2010. Pág. 101.

<sup>82</sup> Ugo ROCCO . Citado por PÉREZ RÍOS, Carlos Antonio en su Tesis doctoral del Estudio integral de las medidas cautelares en el proceso civil peruano. Lima – Perú. 2010. Pág. 101.

- **Riesgos que afectan a la posibilidad práctica de ejecución considerada en absoluto**, como por ejemplo, el riesgo de insolvencia del demandado que puede frustrar la ejecución genérica, bien proceda inicialmente, por tratarse de prestación pecuniaria, o bien proceda por imposibilidad de una ejecución específica.
- **Riesgos que amenazan a la posibilidad práctica de una ejecución en forma específica** (por ejemplo, que la cosa mueble no pueda ser habida y deba procederse a una ejecución genérica) *o a la posibilidad de que la ejecución específica se desarrolle con plena utilidad* (por ejemplo el vencedor en el proceso recibiría el terreno, pero sin los árboles, respecto a los cuales tendría que pagar una indemnización).
- **Riesgos que amenazan la utilidad práctica de los efectos no ejecutivos de la sentencia** (por ejemplo, la estimación de una pretensión declarativa de dominio deviene inútil, porque en el ínterin del proceso, el titular registral ha vendido el inmueble a un tercero de buena fe y que ha inscrito a su favor).
- **Riesgos de ineffectividad que deriva del mero retraso del momento en que pueden producirse los efectos de la sentencia en cuanto por la naturaleza de la situación jurídica a la que la sentencia ha de referirse, ese retraso supone por sí una lesión irreversible de tal situación** (por ejemplo, la anotación de la demanda, el ocultamiento de bienes en daño de los acreedores). El Juez debe evaluar según las circunstancias las medidas a tomar para asegurar la efectividad de la sentencia.

Es en especial este punto (el peligro en la demora y los efectos que se darían de no atenderse la cautela) lo que justifica y a la vez resulta ser la esencia de las medidas cautelares, pues es allí donde se hace necesaria la presencia de un juez que asegure la realización de la sentencia definitiva, de modo que esta no se pierda por el devenir implacable del tiempo.<sup>83</sup>

### c. LA RAZONABILIDAD DE LA MEDIDA PARA GARANTIZAR LA EFICACIA DE LA PRETENSIÓN

---

<sup>83</sup> CABANI BRAIN, Renzo. Estudios sobre las medidas cautelares en el proceso civil. Lima. – Perú. Primera Edición. Gaceta Jurídica. 2010. Pág. 198.

Algunos autores han tratado de mostrar que se entiende por razonable. Mac Cormick enfatiza en la necesidad de buscar un equilibrio entre exigencias contrapuestas”. Aarnio se centra sobre todo en la necesidad de que la decisión logre aceptabilidad o consenso. Para Atienza ambas exigencias están ligadas entre sí y constituyen uno de los puntos centrales del adecuado concepto de razonable. Según Manuel Atienza, una resolución jurídica es razonable si: 1) Si se toma en situaciones en que sería aceptable para poder adoptar una decisión estrictamente racional; 2) Se logra un equilibrio entre exigencias contrapuestas, pero que necesariamente hay que considerar en la decisión; y 3) Es aceptable por la comunidad.

Si bien la medida cautelar debe ser adecuada a la naturaleza de la pretensión principal también debe estar premunida de razonabilidad y utilidad, pues la actividad cautelar responde al **principio de la mínima injerencia**, que impone evitar los perjuicios innecesarios al presunto deudor u obligado; de ahí que una de las reglas a considerar en la cautela debe ser que el acreedor no puede exigir que el embargo recaiga sobre los bienes con perjuicio grave para el deudor, si hubiera otros disponibles. Esta regla busca crear un equilibrio entre el interés del acreedor con la cautela y los efectos de esta afectación frente al presunto deudor. Esta ponderación para la búsqueda del equilibrio lleva a trabajar la idea de la proporcionalidad entre la magnitud de la afectación con la cobertura del derecho que se quiere asegurar, de ahí que otra de las reglas que concurre a la cautela señala que “la afectación debe limitarse a los bienes necesarios para cubrir el crédito que se reclama y los gastos procesales. Como se puede apreciar, serán la proporcionalidad y la utilidad las ideas ejes que tomará el juez para construir una medida razonable entre ambos intereses.

Pero no solo la medida debe ser razonable sino que debe estar premunida de la correspondiente utilidad, a lo que se busca alcanzar, como es, garantizar la eficacia de la pretensión.

En esa situación la adecuación juega un rol fundamental para la utilidad, pues, se busca la congruencia o coincidencia entre el modo de afectación y la naturaleza del derecho en conflicto.<sup>84</sup>

---

<sup>84</sup> LEDESMA NARVAEZ, Marianella. Comentarios al Código Procesal Civil. Editorial Gaceta Jurídica. Lima- Perú. 2011. Tercera Edición. Tomo II. Pág. 425-426.

La medida cautelar debe ser interpuesta con el propósito de tutelar adecuadamente el derecho fundamental que viene siendo vulnerado o sobre el cual pesa una amenaza cierta y de inminente realización, así, una medida cautelar será adecuada para la tutela de la pretensión fundamental cuando afecte del menor modo posible los bienes o derechos de la parte demandada o, en todo caso, cuando resulte proporcional con el fin que se persigue.<sup>85</sup>

**d. LA MEDIDA DICTADA SOLO AFECTA BIENES Y DERECHOS DE LAS PARTES VINCULADAS POR LA RELACIÓN MATERIAL O DE SUS SUCESOES, EN SU CASO.**

La norma señala que solo se afecta bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores, en su caso. Frente a ello, tanto los bienes como los derechos forman parte del patrimonio de una persona física o jurídica, destinado no solo a la satisfacción de sus necesidades sino a garantizar sus responsabilidades. Los derechos, que pueden ser de naturaleza real y personal, así como los bienes que lo integran tienen que ser susceptibles al tráfico jurídico del comercio entre los hombres. Es importante precisar ello porque los derechos que no reúnen estas condiciones, no forman parte del patrimonio, aunque pertenezcan a su titular. Es el caso de los derechos personales, que son atribuidos a los individuos en razón de sus cualidades personales y por lo tanto no transmisibles; por ejemplo: los derechos honoríficos o nobiliarios. Ellos no pueden formar parte del patrimonio, a pesar de su contenido, no cabe tráfico por persona distinta de su titular.<sup>86</sup>

La medida sólo afecta bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material de sus sucesores, en su caso. Esto significa que las medidas cautelares recaerán sobre los bienes de quienes tengan que ver con la relación sustancial y no solamente procesal, incluyéndose, además, a los herederos (en lo que no exceda de la masa hereditaria, se entiende). No se puede afectar bienes de terceros, salvo si lo prevé el ordenamiento legal (como es el caso del artículo 623 del C.P.C., que autoriza trabar medidas cautelares sobre bienes de terceros cuando se

---

<sup>85</sup> CABANI BRAIN, Renzo. Estudios sobre las medidas cautelares en el proceso civil. Lima. – Perú. Primera Edición. Gaceta Jurídica. 2010. Pág. 199.

<sup>86</sup> LEDESMA NARVAEZ, Marianella. Comentarios al Código Procesal Civil. Editorial Gaceta Jurídica. Lima- Perú. 2011. Tercera Edición. Tomo II. Pág. 427.

acredite su relación o interés con la pretensión principal y siempre que hayan sido citados con la demanda).<sup>87</sup>

En el caso del **Exp. N.º 1142-95**, se señala que la medida cautelar solo afecta bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material. Debe declararse improcedente la medida cautelar solicitada por el representante de la actora, si no indica que se haya concedido facultades expresas para solicitarla y para ofrecer contracautela, bajo modalidad alguna.<sup>88</sup>

Asimismo, en la Jurisprudencia del **Exp. N.º 25446-98**, se infiere que no procede amparar la medida cautelar si la persona jurídica que aparece aceptando las letras de cambio no estaba representada por quien tenía la facultad para ello. Si la futura demanda está dirigida contra quien suscribió los títulos, se infiere que la futura acción a interponerse es de naturaleza distinta a la cambiaria, desde que los derechos que se han de ejercitar salen de la esfera de la literalidad de las cláusulas contenidas en el propio título; por tanto, el juez que conoce la presente petición cautelar no será el mismo que ha de conocer el futuro proceso.<sup>89</sup>

#### **e. PRESTACIÓN DE GARANTÍA POR EL SOLICITANTE (CONTRACAUTELA)**

Conocido también por la doctrina como Contracautela. Por regla general, es considerado como un requisito de admisibilidad de las medidas cautelares la prestación de una garantía por el solicitante, puede ser real o personal, comprendiéndose en éste último caso a la caución juratoria<sup>90</sup>, la cual debe estar presente como presupuesto de los otros dos presupuestos, pero de manera complementaria.

---

<sup>87</sup> HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. Comentarios al Código Procesal Civil. Editorial Idemsa. Lima-Perú. 2010. Tercera Edición. Tomo III. Pág. 178, 180.

<sup>88</sup> Expediente N.º 1142-95. Quinta Sala Civil.

LEDESMA NARVAÉZ, Marianella, Ejecutorias. Tomo 3. Cuzco. 1995. Pág. 245-246.

<sup>89</sup> Expediente N.º 25446-98. Sala de Procesos Ejecutivos.

LEDESMA NARVAÉZ, Marianella. Jurisprudencia Actual. Tomo 3. Editorial Gaceta Jurídica. Pág. 507-508.

<sup>90</sup> MARTEL CHANG, Rolando A. Tutela Cautelar y Medidas Autocompositivas en el Proceso Civil. Lima - Perú. Editorial Palestra. 2003. Pág. 72.

La finalidad de garantizar el pedido cautelar se fundamenta en el eventual derecho del sujeto pasivo de la medida cautelar a la indemnización de daños y perjuicios causados por una medida cautelar ilícita.

Corresponde mencionar que la contracautela o caución fue considerada por la doctrina como un requisito más para la concesión de las medidas cautelares, sin embargo, su naturaleza es distinta pues busca garantizar el resarcimiento del potencial daño que pueda causar la medida cautelar si es que finalmente no se ampara el proceso principal.<sup>91</sup>

La contracautela va a permitir que solo pida medida cautelar, la parte que se encuentra persuadida que su derecho va a tener un reconocimiento judicial favorable, que por cierto, si tal hecho ocurre, tal contracautela otorgada no será utilizada. La contracautela supone una garantía por la realización de un acto jurídico procesal injusto. Siendo así, el órgano jurisdiccional no puede protocolizar una injusticia; precisamente la contracautela es una forma de poner remedio al exceso concedido.<sup>92</sup>

La contracautela surge como un elemento de valoración inmediata, a la par del pedido cautelar, pues, no se puede concebir tutela sin pensar en el afectado directo con el aseguramiento, sobre todo, sin tomar en cuenta como contrarrestar los posibles daños que se pudieran generar con la ejecución de la medida provisoria, sea afectando al demandado o a terceros. En el pronunciamiento judicial no puede haber cautela sin contracautela. En tanto perviva la contracautela pervivirá la cautela. El principio de igualdad procesal está presente, pues nada justifica preservar de garantía a la pretensión del actor, sin hacerlo también al ejecutado frente al posible daño que pueda generarse con la ejecución cautelar.

La contracautela opera como una garantía por la realización de la medida cautelar. Se funda en el principio de igualdad, pues, no solo se debe pretender asegurar al actor un derecho o actuado,

---

<sup>91</sup> CABANI BRAIN, Renzo. Estudios sobre las medidas cautelares en el proceso civil. Lima. – Perú. Primera Edición. Gaceta Jurídica. 2010. Pág. 199.

<sup>92</sup> MONROY GALVEZ, Juan. Temas de Proceso Civil. Ediciones Librería Studium. Lima- Perú. 1987. Pág. 29, 30.



en atención a la verosimilitud y el peligro en la demora, sino que también debe preverse la posibilidad de asegurar al demandado la efectividad del resarcimiento de los daños, generado por la medida cautelar. Como señala Coniglio, la contracautela tiene una gran aplicación en las providencias cautelares, “como el solo medio que pueda servir para asegurar preventivamente, el eventualmente crédito de resarcimiento, de aquellos daños que podrían resultar de la ejecución de la medida provisoria, si en el proceso definitivo se revela como infundada. De allí que se pueda hablar con propiedad de una condición suspensiva impuesta por la ley a través del juez para conseguir la providencia cautelar”.

La obligación de indemnizar no surge porque la medida cautelar dictada sea injusta, sino por el hecho que su expedición y ejecución importa un riesgo que debe ser asumido por quien se beneficia con él.<sup>93</sup>

Pueden concurrir a la contracautela diversos derechos personales o reales, en garantía, como la fianza, la hipoteca, la garantía mobiliaria, etcétera. El artículo 613 del Código Procesal Civil indica que la contracautela puede ser de naturaleza real o personal. Dentro de la segunda incluye a la caución juratoria, que implica solo una promesa de responder de los posibles daños y perjuicios que la medida pudiera ocasionar, si no resultare fundada la pretensión.

Existen muchos factores para fijar el monto de la contracautela, como el derecho sustantivo a cautelar; la condición socio-económica de quien peticiona la medida o de la parte que va a ser afectada: el mayor o menor grado de verosimilitud del derecho, entre otros. Loutayf considera que el Juez debe graduar, al proveer la medida precautoria la calidad y monto de la caución de acuerdo con la mayor o menor verosimilitud del derecho y las circunstancias del caso. Frente a ello, es común en la actividad judicial asumir como referente para la contracautela la probabilidad del derecho. De tal manera, que cuando el derecho no tenga una alta apariencia, la contracautela se tome más fuerte, ello lleva a sostener a algunos jueces que la contracautela es inversamente proporcional al grado de certeza del derecho que se pretende asegurar, a tal punto que cuando el derecho es cierto, por existir una sentencia favorable al demandante, no cabe exigir

---

<sup>93</sup> LEDESMA NARVAEZ, Marianella. Comentarios al Código Procesal Civil. Editorial Gaceta Jurídica. Lima- Perú. 2011. Tercera Edición. Tomo II. Pág. 429.

contracautela, tal como señala la última parte del artículo 615 del Código Procesal Civil. Aquí ya no cabe referirse a la teoría cautelar propiamente dicha, sino más bien a una figura relativamente distinta como es la tutela anticipada, por eso no se exige la contracautela.

Para Monroy Palacios la caución, si bien es una garantía procesal, también es un mecanismo que tiene como propósito asegurar que los daños producidos por una medida cautelar que devino en innecesaria puedan ser resarcidos en su plenitud y en modo oportuno por parte del sujeto que se vio beneficiado precisamente con la medida cautelar. Para el referido autor, es posible establecer dos puntos sobre los cuales debe versar el análisis del juez, a efectos de su concreta y adecuada determinación: “el Juez debe efectuar a) Una calificación aproximativa sobre la magnitud de los perjuicios patrimoniales que la medida cautelar, en la eventualidad que devenga innecesaria, pueda causar y b) Un examen sobre la capacidad económica y la disponibilidad de los activos por parte del sujeto que solicita la medida”.<sup>94</sup> Este último elemento para graduar el monto de la indemnización no lo comparto, toda vez, que los daños deben ser resarcidos independientemente de la capacidad económica de quien debe asumirlos, por ser de su propio riesgo; el que será fijado dependiendo del sistema de responsabilidad subjetivo u objetivo al que se acoja el ordenamiento procesal. En el caso peruano, aún cuando no se aprecia con claridad qué sistema tenemos, me inclinaría más a considerar un sistema de responsabilidad objetivo, por la ausencia del elemento del factor de atribución subjetivo en su regulación normativa.

Los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionales autónomos, los Gobiernos regionales y Locales y las universidades están exceptuados de prestar contracautela. También lo está la parte a quien se le ha concedido Auxilio Judicial. Es necesario advertir que en sede nacional, es finalmente el Juez quien decide en cuanto a la naturaleza y monto de la contracautela, pues no está obligado a aceptar la que ofrece el peticionante, pudiendo en su caso, graduarla, modificarla o sustituirla por la que estime pertinente.

Es preciso mencionar que generalmente la medida cautelar, pese a cumplir con su finalidad aseguradora, puede provocar también un **“perjuicio innecesario”** sobre la situación jurídica del demandado.

---

<sup>94</sup> LEDESMA NARVAEZ, Marianella. Comentarios al Código Procesal Civil. Editorial Gaceta Jurídica. Lima- Perú. 2011. Tercera Edición. Tomo II. Pág. 430.

Esta situación jurídica, al devenir en ilícita en caso se desestime la demanda de manera definitiva, ataca un principio pocas veces tomado en cuenta, pero de singular importancia como es el principio de **mínima injerencia**, el cual determina la necesidad de que, ante la posibilidad de trabar diversas medidas cautelares para tutelar una misma situación jurídica, el órgano jurisdiccional debe elegir la menos gravosa.<sup>95</sup>

La legislación española denomina **caución** a la contracautela, la cual es otorgada por quien solicita se le conceda una medida cautelar; es decir, que en virtud de una garantía se vincula un conjunto de bienes o derechos de carácter patrimonial que tienen el propósito de reparar los daños que se puedan causar a la parte contraria, en tanto, se demuestre que la medida cautelar se concedió indebidamente, ante un resultado final desestimatorio para el demandante en el proceso de cognición.

Por tanto, al aludir a la tutela cautelar se hace referencia a la concreta garantía del eventual derecho a la indemnización del demandado, sujeto pasivo de la medida cautelar que se ha adoptado o va a adoptarse.<sup>96</sup>

En reiterada Jurisprudencia Nacional como es el caso del Exp. N.º 168-986<sup>97</sup>, una medida cautelar importa la decisión del juez sin contradictorio y en forma expeditiva. Si no existieran elementos indispensables para la concesión de la medida cautelar, su otorgamiento o denegatoria pasaría a ser un ejercicio arbitrario de la jurisdicción. Es por ello que la contracautela debe ser otorgada atendiendo a varios factores, como el derecho sustantivo que se quiere cautelar; la condición social y económica de quien petitiona la medida, así como el mayor grado de verosimilitud del derecho.

---

<sup>95</sup> MONROY PALACIOS, Juan José. La Tutela Procesal de los Derechos. Editorial Palestra. Lima-Perú. 2002. Pág. 268.

<sup>96</sup> ÁNGELES JOVÉ, María. Medidas Cautelares Innominadas en el Proceso Civil. Editorial Bosh S.A. Barcelona-España. 1995. Pág. 69.

<sup>97</sup> Expediente N.º 168-986. Quinta Sala Civil.

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Ejecutorias. Tomo 4. Cuzco. 1996. Pág. 328-331.

Ahora bien, podría considerarse que la garantía real o personal establecida es un límite para la determinación de los daños producidos, considero que no; de manera tal, que podría bien establecerse un monto mayor de reparación si los daños se encuentran debidamente acreditados, así la garantía establecida no la cubra, y requerirse su pago forzosamente.

#### **f. LA DECISIÓN QUE AMPARA O RECHAZA LA MEDIDA CAUTELAR ES DEBIDAMENTE MOTIVADA**

Es deber del juez invocar la adecuación en su pronunciamiento, pero no puede rechazar lo solicitado por la falta de adecuación en la medida peticionada. El artículo 611 del Código Procesal Civil señala que el juez debe amparar o adecuar la petición, pero no rechazarla por este defecto.

Otro aspecto a considerar es que frente a los presupuestos para construir la cautela ordinaria, como son verosimilitud y peligro en la demora, será materia de probanza el primero de ellos, pues a través de la prueba anexa se determinará la graduación de la incertidumbre jurídica, esto es, si estamos ante un derecho posible, verosímil o probable; situación que no se requiere en el caso de la urgencia, de ahí que no resulta coherente que se desestime la cautela bajo el argumento que “no se ha acreditado el peligro en la demora”. Exigir la probanza del peligro no solo constituiría un exceso, sino que se trasladaría al demandante la carga de probar ese peligro, con la consecuente imposibilidad en su ejercicio.

La tutela cautelar es una expresión de la tutela urgente, pero a ella también concurre **la tutela anticipada**. El artículo 611 del Código Procesal Civil peruano también recoge elementos de esta tutela, la que se construye no con una simple verosimilitud, sino con la casi certeza o la fuerte probabilidad de la existencia del derecho que se alega; sin embargo, la urgencia no se justifica en un peligro en la demora, sino en la “necesidad impostergable” de acudir con una tutela anticipada o por existir peligro de “daño irreparable e inminente”.<sup>98</sup>

El artículo 611 del Código Procesal Civil faculta al juez a dictar medida cautelar en la forma solicitada o en la que considere adecuada atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal.

---

<sup>98</sup> LEDESMA NARVAEZ, Marianella. Comentarios al Código Procesal Civil. Editorial Gaceta Jurídica. Lima- Perú. 2011. Tercera Edición. Tomo II. Pág. 431.

Tal adecuación no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos a los que han sido alegados por las partes, conforme al artículo VII Título Preliminar del Código Procesal Civil, hacer lo contrario implicaría estar actuando como juez y parte. Es nulo el mandato cautelar si el Juez al adecuar la solicitud recurrida, ha establecido una medida cautelar de no innovar, la misma que está estimada a conservar la situación de hecho o de derecho presentada al momento de la admisión de la demanda; sin embargo, la solicitante pretende mediante el interdicto de recobrar ser repuesta en la posesión de la que ha sido privada.<sup>99</sup>

## 5. ANÁLISIS DE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL PROBLEMA EN LA LEGISLACIÓN JURÍDICA NACIONAL

### 5.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

### 5.2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL ARTÍCULO 630 DEL C.P.C.P

En principio, cabe señalar que las medidas cautelares coadyuvan a la buena marcha de los procesos a partir de la detección de situaciones que atentan contra la celeridad procesal.

Asimismo, considero que es rasgo consustancial de toda medida cautelar **su carácter instrumental**; esto quiere decir que constituye un instrumento para garantizar que una decisión definitiva despliegue plenamente sus efectos materiales y jurídicos; y, es en relación al derecho sustancial, una tutela mediata.

Por ello, el Artículo 630 del Código Procesal Civil *en la forma como estaba regulado impedía la permanencia de la función instrumental que toda medida cautelar debía cumplir, toda vez, que establecía el levantamiento de pleno derecho de la medida cuando había sentencia de primera instancia que desestimaba la demanda.*

---

<sup>99</sup> Expediente N.º 4918-2000. Sala de Procesos Sumarísimos y No Contenciosos.

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Jurisprudencia Actual. Tomo 6. Gaceta Jurídica. Pág. 685.

Esta regulación legal venía generando serios inconvenientes en su aplicación. Por ejemplo, suscrita la extinción de la garantía que tiene el acreedor para obtener el pago de su acreencia; solía ocurrir que cuando el resultado era adverso para el demandado en la instancia revisora, esta parte ya había dispuesto de los bienes o derechos que fueron materia de la medida cautelar, causando con ello un grave perjuicio al derecho del acreedor, por lo que se hacía necesario que la tutela cautelar se mantuviera siempre que se otorgasen mayores garantías por incrementarse el riesgo sobre los daños que se estuvieren generando en aplicación de la medida cautelar.

En el caso que la contracautela otorgada no fuese suficiente para tales fines, dado que en principio habría desaparecido el requisito de verosimilitud del derecho, dándosele prevalencia al fin que tiene una medida cautelar que es asegurar la eficacia de la sentencia firme de obtener el demandante un resultado favorable; en tanto, no subsiste uno de los elementos que le dieron origen como es la verosimilitud del derecho, dado que se le da prevalencia a la necesidad de proteger la eficacia del proceso principal o de fondo.

**a. TEXTO ACTUAL: ARTÍCULO 630: CANCELACIÓN DE LA MEDIDA**

“Si la sentencia en primera instancia desestima la demanda, la medida cautelar queda cancelada de pleno derecho, aunque aquella hubiere sido impugnada. Sin embargo, a pedido del solicitante el Juez podrá mantener la vigencia de la medida hasta su revisión por la instancia superior, siempre que se ofrezca contracautela de naturaleza real o fianza solidaria”.

**b. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN: ARTÍCULO 630: CANCELACIÓN DE LA MEDIDA**

“Una vez concluido definitivamente el proceso judicial respectivo en sentido desfavorable al demandante, se cancelarán de oficio todas las medidas cautelares. Lo mismo se ordenará en los casos de desistimiento de todas las pretensiones o del proceso.

Si la estimación de la demanda en primera o segunda instancia fuese parcial o totalmente desestimatoria, el peticionante dentro del plazo para apelar de la resolución desfavorable, podrá solicitar al Juez se mantenga su vigencia o su modificación. Para ello, el juez podrá exigir el otorgamiento de mayores garantías o la sustitución de la contracautela frente a los mayores riesgos de posibles daños que pudieren generarse.”

## 6. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL SOBRE EL PROBLEMA

### CASOS PRÁCTICOS QUE ILUSTRAN Y FUNDAMENTAN EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

#### a. EXP. N.º 865-1996

**Lima, veinticinco de junio de mil novecientos noventa y siete**

**AUTOS Y VISTOS;** interviniendo como Vocal ponente el señor Sáez Palomino; y

**ATENDIENDO: PRIMERO:** A que las normas procesales son de orden público y de cumplimiento obligatorio, salvo regulación permisiva en contrario, conforme lo establece el artículo noveno del Título Preliminar del Código Procesal Civil; **SEGUNDO:** A que, según es de verse de la fotocopia obrante a fojas doscientos treinta y cinco, en el proceso principal del cual deriva la medida cautelar solicitada y que es materia de grado, fue declarada improcedente la demanda mediante resolución de veinte de mayo de mil novecientos noventa y seis, y por tanto por concluido el proceso; **TERCERO:** A que según lo establece el artículo seiscientos ocho del Código Procesal Civil, la medida cautelar tiene por objeto garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva a recaer en un proceso; siendo ello así al haberse declarado concluido el proceso principal por haberse declarado fundadas las excepciones de incompetencia, la medida cautelar carece de objeto y deviene inaplicable lo dispuesto por el artículo seiscientos treinta del Código acotado, máxime si se tiene en cuenta que la resolución a que hace referencia el punto segundo de esta resolución ha sido confirmada por resolución de vista de fecha veintiocho de noviembre de mil novecientos noventa y seis, obrante a fojas doscientos treinta y seis; **CUARTO:** A que, en cuanto al extremo alegado por el demandante en el sentido de que la resolución de vista en referencia ha sido impugnada vía recurso de casación y por tanto la medida cautelar debe subsistir mientras no se resuelva ese recurso, tal aseveración no tiene amparo legal, máxime si como lo establece el artículo seiscientos doce del Código Procesal Civil, toda medida cautelar importa un prejuzgamiento y es provisoria (toda medida cautelar puede desaparecer sin que se haya expedido un fallo definitivo), instrumental (la medida cautelar existe en función del futuro fallo definitivo) y variable (la medida cautelar puede sufrir modificaciones en cantidad o calidad, según como avance el proceso principal) **QUINTO:** Que asimismo Cárnelutti señala: “la función del proceso cautelar no puede ser independiente del

proceso definitivo ya que existe una situación de subordinación por la cual éste (proceso definitivo) no supone la existencia del cautelar, pero éste (el cautelar) no puede aparecer sin aquél o, por lo menos, sin la supuesta existencia o realización de aquél”; a que por estas consideraciones: **DECLARARÓN NULA** la medida cautelar ordenada por resolución obrante de fojas ciento veintidós a ciento veintitrés, su fecha seis de marzo de mil novecientos noventa y seis, y sin objeto emitir pronunciamiento respecto al recurso impugnatorio formulado por don Luis Palacios Reyes obrante de fojas ciento setenta y nueve a ciento ochenta y cuatro, quedando así absuelto el grado; y los devolvieron. En los seguidos por Asociación Instituto Peruano de Educación y Ciencias (AIPEC) contra Luis Palacios Reyes y otra, sobre expulsión o separación definitiva de asociados.

**b. EXP. N.º 9-25488-686**

**Lima, 20 de Junio del 2000.-**

**AUTOS Y VISTOS**, interviniendo como ponente la señora vocal Aranda Rodríguez; y **ATENDIENDO: Primero.-** Que, el artículo 630 del C.P.C. preceptúa que si la sentencia en primera instancia desestima la demanda, la medida cautelar queda cancelada de pleno derecho, aún en el caso que la misma fuere impugnada; **Segundo.-** Que, dicho dispositivo no hace ninguna distinción respecto a que si la decisión final debe ser emitida respecto al fondo o forma de la pretensión demandada, de manera que el Juez de la causa debe emitir pronunciamiento como corresponde; **Tercero.-** Que, consecuentemente, se ha incurrido en nulidad insubsanable de la resolución impugnada a tenor de lo dispuesto en el artículo 171 del Código Adjetivo acotado, que amerita la renovación del acto procesal afectado: **DECLARANDO NULO** el auto apelado N.º 14 de fojas 29 de este cuaderno, su fecha 28 de enero del 2000; **MANDARON** que el A-quo dicte nueva resolución en atención a lo glosado en el considerandos precedentes; **DISPUSIERON** que la presente resolución se ponga en conocimiento de A-quo, se notifique a las partes y se archive oportunamente por Secretaria, conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 386 del C.P.C.; en los seguidos por Grupo de Negocios Paita Sociedad Anónima-GRUNEP S.A. con pequeña empresa de Extracción de Anchoveta Chimbote 1 Sociedad de Responsabilidad Limitada-PEEA CHIMBOTE 1 S.R.Ltda., sobre ejecución de garantías (cuaderno cautelar).



## 7. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN JURÍDICA COMPARADA VIGENTE SOBRE EL PROBLEMA

### 7.1. NUEVA LEY 1/2000 DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE ESPAÑA

En principio, cabe señalar que España es un país que ha reformado su ordenamiento procesal, sobre todo en lo relativo al proceso civil, dado que se ha derogado la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, promulgándose la Nueva Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, vigente desde el 07 de enero del 2000.

Lo más resaltante de esta evolución jurídica de carácter procesal se presenta principalmente en materia cautelar y en virtud de ello, también han surgido innumerables críticas sobre **“la ubicación de la institución jurídica de las Medidas Cautelares, toda vez que el legislador ha retrocedido al pasado en materia cautelar, ya que está regulando el tema como un apéndice de los Procesos de Condena”**.<sup>100</sup> Posición que no comparto porque la tutela anticipada es más cercana a las reglas de un proceso de ejecución, e inclusive algunos consideran que no pertenece propiamente al ámbito cautelar.

En ese sentido, resulta explicable las razones por las cuales el legislador español no ha acogido la tutela anticipada dentro de la **“Autonomía de la Teoría Cautelar”**, respecto a su regulación, y más bien ha preferido colocarla como un colofón de las **“ejecuciones forzosas”**, sobre todo porque en la actualidad se admite sin ningún reparo que la actuación cautelar se solicite con la presentación de la demanda en conjunto o, también en determinadas ocasiones de manera previa y excepcionalmente luego de iniciado el proceso; **pero nunca cuando el litigio ha concluido**, momento en el cual precisamente la medida cautelar deja de tener utilidad en tanto la incertidumbre es reemplazada por la certeza.

Esta nueva ley se ha dividido en dos partes: **Norma Básica y Norma Complementaria**. La primera es intrínsecamente la Nueva Ley y la otra contiene las disposiciones de la anterior ley derogada.

---

<sup>100</sup> MONROY PALACIOS. Juan José. La Tutela Procesal de los Derechos. Editorial Palestra. Lima - Perú. Pág. 79-81.

**La Norma Básica**, a su vez, se divide en cuatro Libros: Libro I: De las Disposiciones Relativas a los Juicios Civiles, Libro II: De los Procesos Declarativos, Libro III: De la Ejecución Forzosa y de las **Medidas Cautelares**, Libro IV: De los Procesos Especiales.<sup>101</sup>

Es así que se va a desarrollar todo lo concerniente a la Cancelación (o alzamiento) de las Medidas Cautelares. Para tal efecto, veamos su ubicación, las medidas cautelares en la legislación española se encuentran reguladas en el Libro III, Título VI de la Ley de Enjuiciamiento Civil Español, mediante cinco Capítulos; estableciéndose en el Art. 721 que cualquiera de las partes, principal o reconvenzional en el proceso está facultada para solicitar cualquier medida cautelar que tienda a **“asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare en el proceso principal”**.

Asimismo, la precitada Nueva Ley nos brinda alcances acerca de las características de las medidas cautelares, sin las cuales el Tribunal español no podrá otorgar una determinada medida cautelar que recaiga sobre los bienes y derechos del demandado.

Por consiguiente, se debe considerar para tal efecto, la finalidad primordial que persigue toda medida cautelar es **asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva**, ello lo encontramos previsto tanto en la doctrina como en el Artículo 608 del Código Procesal Civil peruano<sup>102</sup> y en el Artículo 721 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil de España al indicar que se adoptarán las medidas cautelares que se consideren necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare”.<sup>103</sup>

*En ese sentido, resulta imposible concebir un procedimiento cautelar en donde se establezcan plazos de actuación absolutamente contrarios a la urgencia en la ejecución de la medida, elemento esencial de la actividad cautelar.*

---

<sup>101</sup> NUEVA LEY 1/200 DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE ESPAÑA. Libro III, Título VI: “De las Medidas Cautelares”.

<sup>102</sup> CÓDIGO PROCESAL CIVIL DEL PERÚ. Arts. 608 y 637.

<sup>103</sup> NUEVA LEY 1/2000 DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE ESPAÑA. Título VI: “De las Medidas Cautelares”. Arts. 721, 733 y 734.

En el caso específico de la investigación sobre la cancelación (Denominado alzamiento de la medida cautelar en España) de la medida cautelar, tenemos a los siguientes artículos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil que establecen lo siguiente:

- a. **Artículo 744: Alzamiento de la medida cautelar tras sentencia no firme** (Modificado el numeral 1 por la Ley 37/2011, el 11 de octubre de 2011)

Este artículo prescribe que: “1. Absuelto el demandado en primera o segunda instancia, el Secretario Judicial ordenará el alzamiento de las medidas cautelares adoptadas, **si el recurrente no solicitase su mantenimiento o la adopción de alguna medida cautelar distinta en el momento de interponer el recurso contra la sentencia**. En este caso se dará cuenta al tribunal, que oída la parte contraria y con anterioridad a remitir los autos al órgano competente para resolver el recurso contra la sentencia, resolverá lo procedente sobre la solicitud, atendiendo a la subsistencia de los presupuestos y circunstancias que justificasen el mantenimiento o la adopción de dichas medidas.

2. Si la estimación de la demanda fuere parcial, el tribunal, con audiencia de la parte contraria, decidirá mediante auto sobre el mantenimiento, alzamiento o modificación de las medidas cautelares acordadas.”<sup>104</sup>

- b. **Artículo 745: Alzamiento de la medida cautelar tras sentencia absolutoria firme.**

En este caso, establece que estando firme una sentencia absolutoria, sea en el fondo o en la instancia, se alzarán de oficio todas las medidas cautelares adoptadas y se procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 742 respecto de los daños y perjuicios que hubiere podido sufrir el demandado. Lo mismo se ordenará en los casos de renuncia a la acción o desistimiento de la instancia.

Se trata de una situación que afecta tanto a la terminación del proceso con sentencia absolutoria como en los otros casos mencionados, a través de aquellas fórmulas que pueden convertir la decisión en firme. Pero no se limita a estas situaciones, sino que el legislador ha extendido también este efecto inmediato de alzamiento a supuestos en los que el proceso termina sin

---

<sup>104</sup> Andrés Irazazabal, Cristina. COMENTARIOS A LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. Madrid. La Ley - Grupo Wolters Kluwer. 2006. Págs. 678-679

sentencia, como en el caso del desistimiento de la instancia, en los que el artículo 745 entiende que deberá seguirse las mismas consecuencias que aquí analizamos. Los requisitos para que pueda procederse a este alzamiento son:

- 1) El contenido de la resolución que pone fin al proceso debe comportar la absolución del demandado, sobre el que pesan las medidas cautelares adoptadas, aunque esa absolución puede ser sólo en la instancia.
- 2) El alzamiento de las medidas cautelares se lleva a cabo de oficio, lo que debe significar la necesidad de resolución judicial.
- 3) Efecto directo de este alzamiento por alcanzar firmeza la resolución dictada en el proceso principal es el de abrirse el cauce procesal que permite estimar por el tribunal la petición interpuesta por el demandado de la exigencia de la responsabilidad que deriva en la exacción de los daños y perjuicios que se hubieren producido al demandado como consecuencia de haber sufrido la adopción y el mantenimiento de las correspondientes medidas cautelares.

Para finalizar, podemos señalar que el actual tratamiento jurídico contenido en el artículo 744 numeral 1 de la reforma procesal española mediante la Ley N.º 37/2011 considero que constituye un retroceso, dado que resulta evidente, que si una sentencia es desestimatoria, no va a subsistir el elemento de verosimilitud en el derecho para que pueda mantenerse la medida cautelar, con lo cual el legislador español consagra implícitamente que la medida cautelar sea alzada de todos modos, sin embargo, la regulación anterior, no tenía esas características, de modo, que podía mantenerse una medida cautelar siempre que se mejorase la caución, que de por sí, en términos generales se puede apreciar que es de carácter dinerario o de realización inmediata, por lo que considero un ejemplo de lo que no se debe hacer en nuestro ordenamiento procesal, dado que las medidas cautelares deben persistir hasta que concluya el proceso o, en su defecto, en caso se solicite su cancelación o alzamiento respectivo, sería conveniente aumentar el monto de la caución, según lo regula el ordenamiento jurídico peruano, o modificarla por otra medida más garantista, o inclusive mantenerla, sin necesidad de aumentarla o mejorarla si están debidamente garantizados los posibles daños.

### **c. Relación de las Medidas Cautelares con la Ejecución Provisional**

Es preciso señalar la **Relación de las Medidas Cautelares con la Ejecución Provisional**<sup>105</sup>; ya que es una potestad que solamente corresponde al que ha obtenido una sentencia a su favor no firme y en los casos en los que la misma sea ejecutable provisionalmente (artículos 524 y 525 LEC). Ello tiene una importante repercusión en cuanto a las medidas cautelares, ya que las mismas se pueden mantener, variar o alzar o modificar según cual fuere el contenido de la sentencia, no sustituyéndose por la ejecución provisional.

Hay tres opciones y son las siguientes:

#### **1) Que la sentencia haya absuelto al demandado en primera o segunda instancia.**

En este caso se deben alzar de oficio y de forma inmediata las medidas cautelares adoptadas. No obstante lo anterior, cabe que la parte que hubiere obtenido las medidas cautelares y haya visto desestimada su pretensión si ha recurrido la sentencia (requisito este último indispensable) pueda solicitar su mantenimiento o la adopción de una medida distinta. En tal caso, se deberá presentar una solicitud detallando la necesidad del mantenimiento de la medida cautelar y las importantes consecuencias que su alzamiento podría comportar. Dado que la LEC indica que el alzamiento de la medida ha de ser inmediato tras dictarse la sentencia absolutoria y siendo requisito necesario para la solicitud el que la sentencia se haya apelado, lo más idóneo será que el juzgador no alce la medida cautelar hasta que haya transcurrido el plazo para presentar la apelación, debiendo la parte que ha obtenido la medida cautelar y apelado de la sentencia en el plazo que se tiene para presentar el recurso de apelación, solicitar el mantenimiento de la medida cautelar; ello supone de no hacerse el pedido se procederá al levantamiento de todas las medidas cautelares decretadas.

#### **2) Si la sentencia es estimatoria más solamente en parte**

En tal caso se debe proceder por el tribunal a oír a las partes y tras ello decidir mediante auto sobre el mantenimiento, alzamiento o modificación de las medidas cautelares acordadas. Esta actuación es debatible si debe verificarse de oficio o no ya que en las otras dos hipótesis se prevé

---

<sup>105</sup> Sospedra Navas, Francisco José. Práctica del Proceso Civil. Tomo I. Cuestiones generales. Editorial Civitas Ediciones, S.L. Primera Edición 2004. Pág. 421-424. Madrid-España.

bien el mantenimiento de las medidas decretadas si la sentencia es plenamente estimatoria, bien su alzamiento automático salvo petición en contrario si es desestimatoria. Esta petición se tramitará en la pieza de medidas dejando en ella un testimonio de la sentencia dictada y podrá comportar el mantenimiento o la modificación con alteración en su caso de la caución que se haya podido prestar para lo que se deberán valorar las circunstancias concurrentes en el caso. El auto que se dicte se entiende apelable por los mismos motivos que antes se han indicado respecto del que se dicta en los casos de solicitud de mantenimiento ante una sentencia absolutoria.

### **3) En caso de estimación íntegra de la demanda**

Es evidente en este supuesto el mantenimiento de las medidas decretadas, sin perjuicio de la posibilidad general de modificación en caso de alteración de las circunstancias a que antes se ha hecho mención.

Pero junto a la anterior posibilidad, cabe asimismo que la parte en cuyo favor se han acordado las medidas cautelares y que ha obtenido una sentencia favorable a sus intereses, le interese la ejecución provisional de tal sentencia, siempre que la misma sea provisionalmente ejecutable conforme al artículo 525 LEG, en cuyo caso cabe que se alcen las medidas cautelares que se hubiesen acordado, pero solamente las que guarden relación con dicha ejecución (**artículo 731.3 LEG**).

Ello comporta que se den esencialmente los siguientes casos:

**3.1) Si la demanda ha sido plenamente estimatoria**, lo lógico será que las medidas cautelares acordadas que afectaban a la totalidad de la pretensión se vean sustituidas por las derivadas de la ejecución provisional, ya que la misma podrá afectar a todos sus elementos.

**3.2) Si la estimación de la demanda es solamente parcial** se podrá petitionar la ejecución provisional de la misma con los efectos antes señalados sustituyendo las medidas cautelares, pero solamente en la parte que se esté ejecutando, lo que comportará una reducción proporcional de la caución prestada.

#### **d. Terminación del proceso principal<sup>106</sup> Artículo 731.1, 731.1 I**

La conexión entre el proceso principal y cautelar se manifiesta con la suerte que las medidas corren tras la finalización del proceso principal, de modo que dependerá del resultado final del proceso declarativo, el mantenimiento, en su caso, el alzamiento de la medida. Es significativo el tenor del literal del Art. 731.1 que señala que no se mantendrán las medidas cautelares cuando el proceso principal haya terminado, consecuencia de la instrumentalidad de la tutela cautelar respecto de aquel. Esta afirmación, sin embargo, queda matizada en los supuestos en que el proceso finaliza por sentencia condenatoria o por auto equivalente, que permitirán en los supuestos que vamos a determinar el posible mantenimiento de la medida. Habrá, por tanto, que establecer las diversas formas de finalización del proceso.

##### **d.1. Finalización del proceso sin contradicción**

Cuando el proceso principal finaliza de forma anormal, sin sentencia contradictoria, por desistimiento, sobreseimiento, renuncia, allanamiento, transacción o por satisfacción extraprocésal o carencia sobrevenida de objeto, la suerte de las medidas cautelares quedará condicionada al resultado que cada uno de estas actuaciones pueda suponer en el proceso. Si ya no hay proceso, difícilmente puede mantenerse cautelarmente lo que ha quedado sin contenido, si bien las situaciones específicas de cada uno de estos actos comportan soluciones diversas.

##### **d.2. Finalización del proceso con contradicción. Situación en la segunda instancia**

Manteniéndose la contradicción hasta el final, la suerte de las medidas cautelares dependerá de que se trate de una sentencia estimatoria o desestimatoria de la pretensión.

Si la sentencia es estimatoria de la pretensión, puede serlo total o parcialmente. Si la estimación es parcial “el tribunal, con audiencia de la parte contraria, decidirá sobre el mantenimiento, alzamiento o modificación de las medidas acordadas”. (Artículo 744.2). si la estimación es total, debe tenerse en cuenta el artículo 731.1, da soporte al mantenimiento de las medidas cautelares

---

<sup>106</sup> Montero Aroca, Juan (2000). El Nuevo Proceso Civil (Ley 1/2000). Edita Tirant lo Blanch. Pág. 770-773. Valencia-España.

hasta que devenga firme y transcurra el plazo de espera de la ejecución de dicha resolución (veinte días posteriores a la notificación, artículo 548), y si transcurrido dicho plazo, no se solicitare la ejecución, se alzarán las medidas cautelares que estuvieren adoptadas.

## **7.2. CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE ARGENTINA**

El Código Procesal Civil y Comercial de Argentina entró en vigencia el 18 de Agosto de 1981. No obstante a ello, se han dado diversas modificaciones al articulado de este Código, una de ellas es la modificación que se ha realizado mediante la Ley N° 25.488, del 24 de Octubre de 2001.

El Código Procesal Civil y Comercial regula en el Libro I, Título IV, Capítulo III a las denominadas “Medidas Cautelares”, a través de VIII Secciones. De manera que, en su **Artículo 195** señala que las providencias cautelares podrán ser solicitadas antes o después de deducida la demanda y en su **Artículo 202** hace mención al ***carácter provisional de las medidas cautelares***, señalando que: “Las medidas cautelares subsistirán mientras duren las circunstancias que las determinaron. En cualquier momento en que éstas cesaren se podrá requerir su levantamiento”.

Entonces, en la legislación procesal civil Argentina no tiene una regulación específica sobre la cancelación de las medidas cautelares cuando ha recaído en el proceso principal resolución no firme que desestima la demanda que es materia de la investigación.

## **7.3. CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE VENEZUELA**

Este Código fue promulgado el 20 de julio de 1990 y entró en vigencia el 02 de agosto de 1990. Dedicó el Libro III a la regulación “Del Procedimiento Cautelar y Otras Incidencias”, a través de tres títulos.

Sobre el particular, es pertinente hacer referencia al poder cautelar, dado que en la legislación venezolana se entiende como la facultad del órgano jurisdiccional para dictar durante el contradictorio, medidas que aseguren la eficacia de lo que pudiera ser sentenciado en definitiva y,



en consecuencia, es de esta manera que se logra obtener una definición de medidas cautelares, que no son mas que los medios de que dispone quien se afirma titular de un derecho, para asegurar su ejercicio, cuando carece de un título ejecutivo que le permita adelantar la ejecución de ese derecho. Es importante señalar que una vez agotado el contradictorio, no hay posibilidad de solicitar o decretar por el juez medidas preventivas, sino procedimientos ejecutivos.

Continuando, en el Título I del Código de Procedimiento Civil bajo comentario, se hace referencia a las **Medidas Preventivas** (medidas cautelares para nuestra legislación), estableciéndose en el **Artículo 585** del precitado Código, que cualquier medida preventiva prevista en ese Título será decretada por el Juez, sólo cuando se cumpla con los siguientes requisitos: ***“Que exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo, que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de la circunstancia descrita en el punto anterior y que se pruebe fehacientemente el derecho que se reclama”***.

La clasificación de las Medidas Preventivas, según el Código de Procedimiento Civil de Venezuela (Artículo 588) es la siguiente: Las Medidas Preventivas que pueden ser dictadas por el Tribunal en cualquier estado y grado de la causa son: El Embargo de Bienes Muebles, el Secuestro de Bienes determinados, la Prohibición de Enajenar y Gravar Bienes Inmuebles y, las Medidas Preventivas Innominadas.

Finalmente, en el párrafo tercero del Artículo 588 del Código de Procedimiento Civil de Venezuela se ha prescrito que: *“El tribunal podrá, atendiendo a las circunstancias, suspender la providencia cautelar que hubiere decretado, si la parte contra quien obre diere caución de las establecidas en el artículo 590. Si se objetare la eficacia o suficiencia de la garantía, se aplicará lo dispuesto en el único aparte del artículo 509”*.<sup>107</sup>

La legislación venezolana tiene una regulación similar a la argentina (Art. 202) para la suspensión de la providencia cautelar, aunque igualmente, no tiene una relación específica sobre la cancelación de las medidas cautelares cuando ha recaído en el proceso principal resolución no firme que desestima la demanda que es materia de la investigación.

---

<sup>107</sup> CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE VENEZUELA. Libro III: “Del Procedimiento Cautelar y Otras Incidencias”. Artículos 585 y 588.

#### 7.4. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE CHILE

El Código de Procedimiento de Chile, aprobado el 01 de marzo de 1903 mediante Ley N° 1552, ha previsto en el Libro Segundo, Título V, Artículos 290 al 302 todo lo concerniente a las **Medidas Precautorias**.

Sobre el particular, cabe señalar que para la legislación chilena, las denominadas medidas precautorias comprenden una serie de medidas típicas como el embargo, el secuestro, la prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados, entre otras; a fin de evitar la modificación de la situación de hecho existente al tiempo de deducirse la pretensión, o la desaparición de los bienes del deudor que aseguran el cumplimiento de la sentencia de condena que pueda recaer en éste o en otro proceso.

Asimismo, el Código de Procedimiento Civil de Chile regula lo siguiente: “En casos graves y urgentes podrán los tribunales conceder las medidas precautorias de que trata este Título, aún cuando falten los comprobantes requeridos, por un término que no exceda de diez días, mientras se presentan dichos comprobantes, exigiendo caución para responder por los perjuicios que resulten. *Las medidas así decretadas quedarán de hecho canceladas si no se renuevan en conformidad con el artículo 280*”, según lo dispone en su Artículo 299.

De igual manera, la legislación extranjera acotada reconoce las características de temporalidad o variabilidad **de las medidas cautelares**, estableciendo que “*Todas estas medidas son esencialmente provisionales. En consecuencia, deberán hacerse cesar siempre que desaparezca el peligro que se ha procurado evitar o se otorguen cauciones suficientes*”, según su Artículo 301.

En resumen, podemos establecer que las medidas precautorias son provisionales, *siendo su vigencia hasta cuando desaparezca el peligro que originó el tomar dicha medida*, y de conformidad con su **Artículo 299**, *la medida queda de hecho cancelada al no renovarse de acuerdo con el artículo 280*. En este sentido, podría inferirse que para la legislación procesal civil chilena la cancelación de la medida cautelar sería en principio cuando desaparezca el peligro, y ello, podría considerar que se produce cuando concluye el proceso principal o de fondo, por lo que este ordenamiento considero busca salvaguardar con las medidas cautelares el resultado final del proceso y no de la instancia.

## 7.5. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE COLOMBIA

El Código de Procedimiento Civil de Colombia fue expedido por los Decretos 1400 y 2019, del 06 de agosto y 26 de octubre de 1970, el cual regula a las Medidas Cautelares en dos Títulos del Libro IV.

Es así que en su **Título XXXIV** presenta las clases, cuantía y oportunidad para constituir las **Cauciones**, precisando que éstas pueden ser prestadas en dinero, pueden ser de carácter real, bancario u otorgado por compañías de seguros o entidades de crédito legalmente autorizadas para esta clase de operaciones.

Asimismo, establece que la providencia que ordene prestar la caución, deberá indicar la cuantía y el plazo en la que debe constituirse, siempre que en la ley no las señale (**Artículo 678**).

Respecto a la **Calificación y Cancelación de la Caución**, se ha previsto en el **Artículo 679** del Código colombiano bajo comentario, que prestada la caución, el Juez calificará su suficiencia y la aceptará o rechazará, a efectos de conceder la medida cautelar solicitada por el accionante. En ese sentido, el Juez deberá tener en cuenta lo siguiente:

- a. La caución hipotecaria se otorgará a favor del respectivo juzgado o tribunal, para lo cual se deberá presentar un certificado del notario sobre la fecha de la escritura pública de hipoteca, copia de la minuta de ésta, el título de propiedad del inmueble, certificado de su tradición y el certificado de avalúo catastral.
- b. Con la caución prenda se deberá acompañar el certificado de la cotización de los bienes en la última operación que sobre ellos haya habido en una bolsa de valores que funcione legalmente.

Si la caución no cumple con los requisitos señalados en los puntos anteriores, el Juez negará su aprobación y se tendrá por no constituida, y si se trata de hipoteca, **el Juez procederá con la cancelación de la misma**.

A diferencia de la cancelación de caución que ha previsto el Código Procesal Civil de Colombia, al señalar que sólo se cancelará una caución cuando no se cumplan con los requisitos enunciados en el **Artículo 679, numerales a) y b)**, según la legislación colombiana.

Por su parte, el **Título XXXV** desarrolla las clases de Medidas Cautelares que pueden ser concedidas por el Juez, siempre que se cumplan con los presupuestos o requisitos previstos en el Art. 679 del Código de Procedimiento Civil de Colombia. Así, tenemos las medidas cautelares siguientes:

- a. El embargo y el secuestro.
- b. Medidas cautelares en los procesos ordinarios.
- c. Medidas cautelares en los procesos de nulidad y divorcio de matrimonio civil, de separación de bienes y liquidación de sociedades conyugales
- d. Inscripción de la demanda en otros procesos.<sup>108</sup>

El Artículo 687 numerales 2, 4, 5 y 6 señalan que se cancela el embargo o el secuestro si se ordena la terminación del proceso ejecutivo por la revocatoria del mandamiento de pago o porque prospere una excepción una excepción previa o de mérito; si se absuelve al demandando en el proceso de mérito; si se declara la perención de la instancia; si se desiste de la demanda quien solicitó la medida. Asimismo, indica que se condenará de oficio o a pedido de parte en costas y perjuicios a quienes pidieron las medidas cautelares, salvo que las partes convengan otra cosa.

## 7.6. CÓDIGO DE PROCESO CIVIL DE BRASIL

El Código de Proceso Civil de Brasil, promulgado el 11 de enero de 1973 desarrolla el instituto del Proceso Cautelar y Medidas Cautelares de modo exclusivo, en el Libro III, cuyo Título único lleva la denominación “De las Medidas Cautelares” y el Capítulo I norma todo lo relacionado con las Disposiciones Generales. De manera que en su **Artículo 796**, señala que el procedimiento cautelar puede ser instaurado antes o en el curso del proceso principal y de este es siempre dependiente.

---

<sup>108</sup> CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE COLOMBIA. Libro I: De las Medidas Cautelares, Título XXXIV y Título XXXV.

El Capítulo II desarrolla el tema de las medidas cautelares específicas entre las que incluye el arresto, secuestro, caución, búsqueda, aprehensión, la exhibición de producción anticipada de prueba, además de incluir a las medidas provisionales.

Debemos destacar que este Código ha regulado al embargo dentro del Libro III dedicado al Proceso de Ejecución, estableciendo sus correspondientes especies: Embargo para ejecución fundada en sentencia, embargo para ejecución fundada en título extrajudicial, embargo para remate y adjudicación, y, embargo para ejecución por carta.<sup>109</sup>

Con respecto a la terminación o extinción de las medidas cautelares, el Artículo 808 numeral III del Código de Proceso Civil señala que “cesa la eficacia de la medida cautelar si el juez declara extinto el proceso principal, con o sin juicio del mérito”, ello quiere decir que la legislación brasileña opta por garantizar con las medidas cautelares el resultado final del proceso.

## 7.7. CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE PARAGUAY

El Código Procesal Civil de Paraguay fue aprobado por el Poder Legislativo mediante Ley 1337 de fecha 08 de setiembre de 1998 y entró en vigencia el 04 de noviembre de 1998.

Al revisar y analizar este Código Procesal Civil, encontramos que en el Título XIV referente a las Medidas Cautelares y Contracautela, Capítulo I de las Disposiciones Generales, **Artículo 691** señala que la oportunidad en que las medidas cautelares podrán ser solicitadas será antes o después de deducida la demanda, a menos que de ley resultare que ésta deba entablarse previamente. Asimismo, regula en su **Artículo 697** el carácter provisional de las medidas cautelares, las mismas que subsistirán mientras duren las circunstancias que las determinaron, en cualquier momento que éstas cesaren se podrá requerir su levantamiento.

Por otra parte, el **Artículo 702 del Código Procesal Civil de Paraguay** ha establecido que “*Sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 700, cuando se dispusiere levantar una medida cautelar por cualquier motivo que demuestre que el requirente abusó o se excedió en el derecho que la ley otorga para obtenerla, la resolución lo condenará a pagar los daños y perjuicios si la otra parte*

---

<sup>109</sup> GALLARDO MIRAVAL, Juvenal. Tesis de Cautela y Contracautela en el Proceso Civil. Lima - Perú. 2000. Pág.133-136.

*lo hubiere solicitado. La determinación del monto de éstos se sustanciará por el trámite del proceso de conocimiento sumario”.*

## **7.8. CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO DE URUGUAY**

El Código General del Proceso de Uruguay fue aprobado el 18 de octubre de 1988 mediante Ley N° 15.982 por el Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, reunidos en Asamblea General.

El precitado Código General del Proceso entró en vigencia a partir del 20 de noviembre de 1989. No obstante a ello, se han dado diversas modificaciones a su articulado mediante numerosas Leyes.

De modo tal que, las medidas cautelares se encuentran reguladas en el Título II, Libro II, a través de siete artículos. Así tenemos al **Artículo 311**, el cual hace referencia al Principio de Universalidad de Aplicación de las Medidas Cautelares, cuya expresión práctica es la posibilidad de solicitar medidas cautelares para procesos contenciosos o voluntarios (procesos no contenciosos para la legislación peruana).

Así tenemos que en su Título II regula todo lo concerniente al Proceso Cautelar, estableciendo en su Capítulo I las Disposiciones Generales y según su **Artículo 312**: “Podrán adoptarse las medidas cautelares cuando el tribunal estime que son ***indispensables para la protección de un derecho y siempre que exista peligro de lesión o frustración del mismo por la demora del proceso***”.

Asimismo, en su Capítulo II regula todo lo concerniente al Procedimiento de las Medidas Cautelares, siendo su **Artículo 317.1** el que establece lo siguiente: “El Tribunal podrá adoptar las medidas provisionales que juzgue adecuadas o anticipar la realización de determinadas diligencias, ***para evitar que se cause a la parte antes de la sentencia, una lesión grave o de difícil reparación o para asegurar provisionalmente la decisión sobre el fondo***”.<sup>110</sup>

---

<sup>110</sup> CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO DE URUGUAY. Título II - Libro II. Artículo 317°.1.

Como podemos apreciar, este Código General del Proceso en los dos artículos descritos anteriormente (**Artículo 312 y 317.1**) hace referencia a la finalidad de las medidas cautelares, con el único objetivo de salvaguardar los derechos de quien está a la espera de una decisión judicial firme que ampare el derecho invocado. El artículo 313 numeral 4 señala que de oficio o a petición de parte el Juez puede disponer la modificación, sustitución, o cese de la medida cautelar adoptada, siguiéndose e, en caso de la petición y sustitución, el procedimiento de los incidentes regulado por el Título III del Libro II.

## **7.9. CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE MÉXICO**

Este Código ha sido publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de febrero de 1943, entrando en vigencia el 25 de marzo del mismo año. En su Libro Segundo Contención, Título Cuarto encontramos a las denominadas Medidas Preparatorias, de Aseguramiento y Precautorias, denominadas en el Código Procesal civil peruano como “Medidas Cautelares”.

Así, podemos citar al **Artículo 384** del Código, que ha previsto que “Antes de iniciarse el juicio o durante su desarrollo, pueden decretarse todas las medidas necesarias para mantener la situación de hecho existente. Estas medidas se decretan sin audiencia de la contraparte, y no admitirán recurso alguno. Sin embargo, la resolución que niegue la medidas es apelable”.

Finalmente, en el **Artículo 389** encontramos a las siguientes medidas precautorias que pueden concederse: I.- El Embargo de bienes suficientes para garantizar el resultado del juicio, y II.- el Depósito o aseguramiento de las cosas, libros, documentos o papeles sobre que verse el pleito.

Como se ha podido apreciar, el Código Federal de Procedimientos Civiles de México no ha regulado a las figuras jurídicas de cancelación, alzamiento o levantamiento de las medidas cautelares, salvo la caducidad establecida en los artículos 386 y 397, si la demanda no se interpone en el plazo de 5 días de ejecutada la medida; asimismo, no hace referencia a la medida

cautelar de anotación de demanda o anotación de litis, dado que solo nos brinda alcances muy generales, sobre el particular.<sup>111</sup>

Cabe destacar que la extinción de la medida cautelar no importa la extinción de la garantía (contracautela), la misma que debe permanecer por el tiempo indispensable para la prescripción liberatoria conforme lo estable en su artículo 398.

## SEGUNDA PARTE: EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

### 1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

El presente problema de Investigación versa sobre la controvertida ***“Cancelación de las Medidas Cautelares en el Código Procesal Civil”***, la cual será desarrollada en los siguientes puntos.

#### 1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN:

##### 1.1.1. INTRODUCCIÓN: RESUMEN DE LAS CONCLUSIONES SOBRE EL PROBLEMA DE LA PRIMERA PARTE DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN.

En principio, es preciso mencionar que el fin primordial de toda medida cautelar es ***“asegurar y/o garantizar el resultado de la sentencia que debe recaer en un proceso determinado”***, para que la justicia no sea burlada, haciendo imposible su cumplimiento.

Asimismo, estimo que es pertinente retener esta finalidad que conecta directamente la actividad cautelar con la posibilidad concreta de poder cumplir eventualmente el mandato judicial emanado de la sentencia, pues de esta forma no sólo se va a proteger el interés privado de las partes, sino que actualmente se considera que más que ello, también se tiende a garantizar la eficacia y seguridad de la actividad jurisdiccional.

---

<sup>111</sup> CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE MÉXICO. Libro Segundo Contención, Título Cuarto: Medidas Preparatorias, de Aseguramiento y Precautorias. Artículos 373°, 384° y 389°.



El **artículo 630** del Código Procesal Civil modificado por el **Decreto Legislativo N° 1069, del 28 de Junio del 2008** prescribe lo siguiente: “Si la sentencia en primera instancia declara infundada la demanda, la medida cautelar queda cancelada aunque aquella hubiera sido impugnada. Sin embargo, a pedido del solicitante el Juez podrá mantener la vigencia de la medida hasta su revisión por la instancia superior, siempre que se ofrezca contracautela de naturaleza real o fianza solidaria”.

En la reciente modificación se estaría cumpliendo moderadamente con la finalidad que persigue la medida cautelar como es el **“asegurar el resultado final del proceso”**, porque a pesar de que a pedido del solicitante el Juez puede mantener la vigencia de la medida cautelar hasta su revisión por la instancia superior condicionado a que se ofrezca contracautela, de no cumplir con dicho requisito quedaría cancelada. Lo cual da una oportunidad al solicitante para poder mantener en vigencia su medida cautelar; contrariamente, si no tuviera los recursos para ofrecer otra contracautela porque la que presentó al inicio era lo único que podía ofrecer para asegurar los posibles daños y perjuicios que esto acarrearía, en este caso, considero que el Juez deberá evaluar si la contracautela presentada en un principio es, pese a ello, suficiente para su mantención, o, en su defecto, dispondrá su cancelación.

En ese orden de ideas, tenemos que según el **Artículo 673** de nuestro Código Procesal Civil, la anotación de demanda constituye una medida cautelar en virtud de la cual, una vez inscrita, el bien correspondiente se encontrará afectado por el resultado del proceso judicial en que se ha dictado. De tal manera, que aún cuando el bien sea transferido el proceso sería eficaz y podría ejecutarse en caso sea revocada por la instancia superior; dado que al haber sido inscrito el derecho del adquirente, le podrían ser aplicables los efectos de la sentencia definitiva.

Del mismo modo se puede mencionar que la medida cautelar de anotación de demanda en los Registros Públicos se encamina a preservar directamente la pretensión misma, haciendo uso del principio de publicidad registral; siguiendo este orden de ideas, podemos establecer que existía una inadecuada regulación normativa, en este caso, el **Artículo 630 del Código Procesal Civil** – antes de su modificatoria- y la necesidad de asegurar la eficacia del proceso, lo cual nos muestra claramente una incompatibilidad que traía consigo efectos jurídicos nocivos para la parte demandante que intervenía en un proceso determinado.

## 1.1.2. FUNDAMENTACIÓN DEL PROBLEMA Y FORMULACIÓN DE LA INTERROGANTE

### a. Fundamentación del Problema de Investigación

En principio, considero que el Artículo 630 del Código Procesal Civil establecía de manera inadecuada que la medida cautelar se cancelaba de pleno derecho si la sentencia de primera instancia desestima la demanda, toda vez, que las medidas cautelares están destinadas a cautelar la eficacia del proceso y no de una instancia. Con la nueva modificatoria del artículo en mención sí se mantiene la finalidad esencial de la medida cautelar como es asegurar el resultado del proceso a la conclusión del mismo. En este orden de ideas, a pedido del solicitante pueda el Juez mantener la vigencia de la misma y mantenerla hasta su revisión y si la confirmara se cancelaría por lógica, en cambio, si se revocara se mantendría hasta el final.

Como consecuencia de esta inadecuada regulación en nuestro Código Procesal Civil (**Artículo 630**), es que muchas veces se presentaron casos en los que al cancelarse una medida cautelar, por ejemplo de anotación de una demanda, el bien inscrito fue transferido a un tercero quien formalmente lo adquiere a título oneroso y con buena fe, aún cuando en la realidad era para burlar la eficacia del proceso en giro; convirtiéndolo en una mera declaración de carácter lícito sin eficacia jurídica; *razón por la cual considero que las medidas cautelares concedidas debieran mantenerse hasta la conclusión del proceso judicial, ya que una de las finalidades esenciales es asegurar el resultado del proceso y no de la instancia.*

De igual manera, considero que esta situación lejos de ordenar y preservar la paz social exacerbó los ánimos entre las partes, *por lo que como ya mencioné en el párrafo anterior, la medida cautelar una vez ejecutada debe permanecer hasta la conclusión del proceso*; lo cual conllevó a una necesaria y urgente modificación del Artículo 630 del Código Procesal Civil.

Por ello, tengo la plena seguridad de que este aporte a la normatividad jurídica va a permitir que los demandantes no vean frustradas sus expectativas de hacer efectiva la sentencia que les concede el derecho de manera definitiva mediante una sentencia con autoridad de cosa juzgada, motivo por el cual considero que la modificación de la cancelación de la medida cautelar, debe hacerse efectiva de pleno derecho recién cuando el proceso principal hubiere concluido y no

como ocurre actualmente, “al momento en que en primera instancia se desestima la demanda”. Así, de esta manera se evitó los problemas jurídicos que venía ocasionando la cancelación de la medida cautelar en la instancia. Continuando, veamos cuál es el tratamiento que le da nuestro Código Procesal Civil a este tema. Así tenemos, las siguientes premisas:

➤ **En caso de sentencia desestimatoria:**

Teniendo en cuenta que este es el punto que más nos interesa, debemos señalar que según el Artículo 630 del Código Procesal Civil *“Si la sentencia en primera instancia desestima la demanda, la medida cautelar queda cancelada de pleno derecho, aunque hubiera sido impugnada. Sin embargo a pedido del solicitante el Juez podrá mantener la vigencia de la medida hasta su revisión por la instancia superior, siempre que se ofrezca contracautela de naturaleza real o fianza solidaria”*.

Muchos doctrinarios manifiestan que el fundamento de la extinción de pleno derecho de la medida cautelar se basa en el hecho de que una vez que se haya acreditado la inexistencia de cualquiera de los presupuestos que condicionan la medida cautelar, esta tiene que ser dejada sin efecto, posición que no comparto, pues con tales consideraciones no se cumpliría con la finalidad esencial de toda medida cautelar, cual es el de *“asegurar la eficacia del proceso”*, pese a que ya no se mantendría el requisito de verosimilitud del derecho por haber sido desestimada la demanda en la instancia, pero se ve equilibrado y protegido los posibles perjuicios que se pudieren ocasionar al demandado de obtenerse una sentencia final absolutoria con el mejoramiento o sustitución de la contracautela.

➤ **En caso de una sentencia estimatoria:**

Muchos autores como **Monroy Palacios**, sostienen que frente a la sentencia firme que contiene una declaración de certeza del derecho, la medida cautelar se extingue, pues carece de objeto, dado que concluyó en el proceso el momento para el aseguramiento de la sentencia, y se ingresó a la oportunidad para su satisfacción.

De tal manera que luego de la sentencia firme ya nada queda por asegurar, ya que lo que se busca es la satisfacción procesal procurando que se cumplan los extremos contenidos en la sentencia. Por ello, la medida cautelar ejecutada antes de obtenida la sentencia firme, luego de producida ésta última, se transforma en medida ejecutiva o medida de ejecución.

En efecto, “si la sentencia acoge las pretensiones del actor y la medida cautelar tenía por objeto asegurar la ejecución, no se cancela, sino que se transforma, generalmente en una medida más enérgica”. Esta transformación supone la extinción de la medida cautelar y el nacimiento de una nueva, esta es, obviamente, la medida ejecutiva.

El cambio es tanto estructural como funcional. En cuanto a la estructura podemos decir que su eficacia ya no se sustenta en el peligro en la demora y en la verosimilitud del derecho, sino en la certeza del derecho declarado. Respecto al cambio funcional, cabe señalar que éste opera en tanto ya no se asegura la sentencia, sino que se convierte en el primer acto destinado a la satisfacción del derecho declarado.

Concluye, señalando que no debemos confundir las etapas y los estados del proceso judicial, pues mientras se debate la certeza del derecho; es decir cuando estamos en una etapa de incertidumbre, la medida cautelar es la destinada a asegurar que la sentencia sea eficaz, protegiendo de esa manera a las personas o a los bienes relacionados con el derecho discutido; y, cuando estamos en una etapa de certeza son las medidas ejecutivas las destinadas a satisfacer el derecho reconocido en la sentencia firme.

Pienso que en ninguno de ambos casos se debe declarar la cancelación o levantamiento de la medida cautelar (anotación de demanda específicamente) de pleno derecho, al margen de si es estimada o desestimada en cualquier instancia, pues como he venido sosteniendo desde un principio, considero que la medida cautelar debe mantenerse hasta que el proceso concluya, a efectos de que se cumpla con la finalidad esencial que persigue ésta **“asegurar la eficacia del proceso”**.

En ese orden de ideas, me parece que también es conveniente tener en consideración al Nuevo Código Procesal Constitucional, dado que la premisa fundamental en cuanto a la extinción de la

medida cautelar, es que ésta se extinga de pleno derecho cuando la resolución con la que concluye el proceso adquiera la autoridad de cosa juzgada; así se ha previsto en el **Artículo 16 del Código Procesal Constitucional**, con lo cual definitivamente se aleja del supuesto de extinción contemplado en la norma procesal civil (**Artículo 630**).

Consecuentemente, aun cuando la sentencia de primera instancia desestime la demanda, la medida cautelar mantendrá sus efectos en tanto dicha decisión principal sea apelada por el demandante, e incluso subsistirá si en segunda instancia se obtiene un pronunciamiento también desfavorable, y el demandante decide interponer un recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional.

Con lo establecido en el párrafo anterior, lo que se ha hecho es dotar a la medida cautelar en el ámbito constitucional de una vigorosidad que en determinadas circunstancias puede considerarse excesiva, si se tiene en cuenta que el último supuesto mencionado, la demanda habría sido desestimada en dos instancias con un pronunciamiento de fondo, cuyo análisis es mucho más severo que el necesario para otorgar una medida cautelar en el ámbito civil, y, sin embargo, ésta se mantendrá vigente hasta que la decisión última no haya adquirido la calidad de cosa juzgada.

#### **b. Formulación de la Interrogante que expresa el Problema de Investigación**

***¿Cuál es la relación entre las medidas cautelares y la sentencia final de un proceso judicial que revoca una sentencia desestimatoria de primera instancia que ampara una demanda?***

### **1.2. ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA DEL PROBLEMA**

#### **1.2.1. IDENTIFICACIÓN DE LAS VARIABLES**

##### **a. Variable Independiente**

Resolución concesoria de la medida cautelar.

##### **b. Variable Dependiente**

Sentencia de segunda instancia.

### **1.2.2. DEFINICIÓN TEÓRICA DE LAS VARIABLES**

Para la resolución del problema de investigación se ha creído conveniente definir teóricamente a las variables dependientes e independientes. En ese sentido, iniciaremos una somera explicación sobre determinadas instituciones civiles y procesales de las cuales se origina el tema central a tratar: La Cancelación de las Medidas Cautelares.

#### **I. Resoluciones Judiciales**

##### **a. Concepto**

En principio, cabe precisar que resolución es la acción y efecto de resolver. Así, en el Derecho Procesal se puede hablar de decreto, auto, sentencia o providencia (en general) que expiden los jueces en el ejercicio de sus funciones, por extensión, las autoridades competentes.

En su acepción legal más genérica, debe entenderse como la palabra con que se designan las decisiones y medidas de publicidad y ejecución de las leyes adoptadas por las autoridades competentes.

Por ello, para que las resoluciones judiciales sean idóneas y se puedan tomar en cuenta en el momento de resolver la causa, deben obrar en respectivo juicio; las que son extrañas a ese, no tienen ningún valor.

Para una mejor ilustración, debemos retrotraernos a lo establecido en el Artículo 140° del Código Civil, el cual define al acto jurídico como “aquella manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas”.

De tal manera que, el acto procesal se entiende al acto jurídico emanado de las partes, de los agentes de la jurisdicción o aún de terceros legitimados, ligados al proceso, susceptibles de crear, modificar o extinguir relaciones procesales.

En consecuencia, los actos de decisión se ejecutan mediante la expedición de las denominadas “resoluciones judiciales”, con el objeto de dirigir el proceso y fallarlo: es un acto procesal del Juez.<sup>112</sup>

Continuando, cabe mencionar que se entiende por resolución judicial a **“toda decisión o providencia que adopta un juez o tribunal en el curso de una causa contenciosa o de un expediente de jurisdicción voluntaria, sea a instancia de parte o de oficio”**.<sup>113</sup>

De tal manera que la actividad de los órganos jurisdiccionales en el proceso se manifiesta en una serie de actos regulados por la ley. Así, las resoluciones judiciales constituyen la exteriorización de estos actos procesales de los jueces y tribunales, mediante los cuales atienden a las necesidades del desarrollo del proceso a su decisión.<sup>114</sup>

**Goldschmidt** señala que las resoluciones judiciales son aquellas “declaraciones de voluntad emitidas por el Juez con el fin de determinar lo que se estima como justo...”.<sup>115</sup>

Por su parte, **Montero Aroca** sostiene que la resolución judicial “es el acto del Juez por medio del cual se declara el efecto en derecho que la ley hace depender de cada supuesto fáctico...”.<sup>116</sup>

En relación a este tema, **Podetti** refiere que “... esas declaraciones de voluntad (en las que consisten las resoluciones judiciales) pueden ser resolutorias, instructorias y ejecutorias, pues en ellas se ejercen los dos característicos poderes de la jurisdicción: el **iudicium** y el **imperium**, mandar y decidir. En ese sentido, las resoluciones que se pronuncian y plasman el **iudicium**, o

---

<sup>112</sup> TARAMONA H. José Rubén. Derecho Procesal Civil: Teoría General del Proceso. Lima - Perú. Editorial Huallaga. 1996. Pág. 1111.

<sup>113</sup> CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Buenos Aires - Argentina. Editorial Omeba. 1998. Tomo III. Pág. 572.

<sup>114</sup> DE PINA, Rafael y José Castillo Larrañaga. Derecho Procesal Civil. México D.F. Editorial Porrúa. 1990. Pág. 319.

<sup>115</sup> GOLDSCHMIDT, James. Derecho Procesal Civil. Barcelona - España. Editorial Labor. 1936. Pg. 300.

<sup>116</sup> MONTERO AROCA, Juan. El Nuevo Proceso Civil. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia - España. 2000. Pág. 196.

sea, las que deciden o actúan sobre la relación formal o sobre la relación sustancial subyacente; es decir, sobre el contenido”.<sup>117</sup>

## **b. Clases de Resoluciones Judiciales**

Nuestro Código Procesal Civil, en su Artículo 120, solamente reconoce como resoluciones judiciales las siguientes: **Decretos, autos y sentencias**.

- **Decretos.-** Los decretos suelen ser denominados también providencias, simples o providencias de mera tramitación o autos de trámite o autos de sustanciación. Sobre el particular, **Reimundín** sostiene que “las providencias o providencias de mero trámite, son las resoluciones que tienden a poner en movimiento el proceso y ordenar actos de simple ejecución...”.<sup>118</sup>

Por su parte, **Beatriz Quintero y Eugenio Prieto** señalan que “los autos de trámite disponen una simple impulsión del proceso, no requieren motivación...”.<sup>119</sup> Para **Devis Echandía** “las providencias de sustanciación son las que se limitan a disponer un trámite de los que la ley establece para dar curso progresivo a la actuación, se refieren a la mecánica del procedimiento, a impulsar su curso, ordenar copias y desgloses, citaciones y actos por el estilo”.<sup>120</sup>

En opinión de **Andrés de la Oliva y Miguel Ángel Fernández** las providencias son “... resoluciones de tramitación o de ordenación material. Y por tramitación se ha de entender el desarrollo procedimental, el avance de los actos conforme a la serie de ellos abstractamente prevista en la norma procesal. Esto significa que, un impulso procesal (y de oficio); es decir,

---

<sup>117</sup> PODETTI, Ramiro. Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral. Buenos Aires - Argentina. Editorial Ediar. 1995. Pág. 196.

<sup>118</sup> REIMUNDÍN, Ricardo. Derecho Procesal Civil y Comercial. Buenos Aires - Argentina. Editorial Argentina. 2005. Pág. 71.

<sup>119</sup> BEATRIZ QUINTERO y EUGENIO PRIETO. Teoría del Proceso. Bogotá – Colombia. Editorial Temis. 1995. Pág. 198.

<sup>120</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal: Teoría General del Proceso. Medellín – Colombia. Editorial Biblioteca Jurídica Dike. 1994. Pág. 514.



paso de un acto al siguiente o de una fase a la sucesiva cuando se producen los supuestos de hecho (procesales) contemplados por la ley...”.<sup>121</sup>

Conforme se desprende de nuestro ordenamiento jurídico, los **decretos** son resoluciones expedidas por los auxiliares jurisdiccionales (obviamente por indicación del respectivo magistrado, quien, como bien sabemos, es el director del proceso) y orientadas a impulsar el proceso, que disponen la realización de actos procesales de mero trámite; tan es así que, a diferencia de los autos y sentencias, los decretos no requieren de fundamentación alguna.<sup>122</sup>

- **Autos.-** Según **Andrés de la Oliva y Miguel Ángel Fernández**, refieren que los Autos (también denominados providencias interlocutorias) “... son las resoluciones que se dictan para resolver cuestiones de importancia, afectantes a intereses de los litigantes dignos de protección, pero distintas de la cuestión principal o **de fondo**, distintas por tanto, del objeto **principal y necesario** del proceso. En consecuencia, los autos son las resoluciones con las que, salvo que se indique expresamente que deben solventarse mediante la sentencia, se deciden las denominadas **cuestiones incidentales**, que no pongan fin al proceso...”.

Por su parte, **Devis Echandía** afirma que los autos o providencias interlocutorias “... son decisiones pronunciadas en el curso de las instancias o del trámite de los recursos extraordinarios de casación y revisión, o para el cumplimiento de la sentencia en el mismo proceso, sobre puntos que no son del simple trámite que contienen alguna cuestión de fondo distinta de resolver sobre las pretensiones de la demanda y las excepciones de fondo o mérito opuestas a ellas y que en ocasiones le ponen fin al proceso, por ejemplo, cuando se declara su perención o caducidad o se acepta una transacción total o el desistimiento de la demanda o del recurso de apelación o casación contra la sentencia”.<sup>123</sup>

Según el segundo párrafo del Artículo 121 del Código Procesal Civil, los autos son aquellas resoluciones expedidas por el Juez a través de las cuales:

---

<sup>121</sup> OLIVA Y MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ. Citado por Alberto Hinostroza Mínguez en Comentarios al Código Procesal Civil. Lima - Perú. 2003. Pág. 252-253.

<sup>122</sup> ARTÍCULO 121º (Primer Párrafo) del Código Procesal Civil: “... Mediante los decretos se impulsa el desarrollo del proceso, disponiendo actos procesales de simple trámite”.

<sup>123</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Bogotá - Colombia. Editorial ABC. 1985. Pág.456.

- Se resuelve la admisibilidad o inadmisibilidad y la procedencia o improcedencia de la demanda.
- Se resuelve la admisibilidad o inadmisibilidad y la procedencia o improcedencia de la reconvencción.
- Se resuelve lo relativo al saneamiento del proceso; vale decir, se determina si existe o no una relación jurídica procesal válida.
- Se resuelve lo concerniente a la interrupción y conclusión del proceso (con declaración sobre el fondo o sin ella).
- Se resuelve acerca de las formas especiales de conclusión del proceso (conciliación, allanamiento, reconocimiento, transacción judicial, desistimiento y abandono).
- Se resuelve el concesorio o denegatorio de los medios de impugnación: recursos (reposición, apelación, casación y queja) y remedios (solicitud de aclaración de nulidad procesal y cuestiones probatorias como la tacha y la oposición).
- Se resuelve la admisión, improcedencia o modificación de medidas cautelares secuestro judicial o conservativo, embargo en forma de depósito, embargo en forma de inscripción, embargo en forma de retención, embargo en forma de intervención en recaudación o información, embargo en forma de administración, medidas temporales sobre el fondo, medidas innovativas, medidas de no innovar, etc.).
- Se adoptan todas las demás decisiones por las que se exige la debida fundamentación (excluyéndose, obviamente, el pronunciamiento judicial acerca de la cuestión controvertida en el que se declare el derecho que corresponde a las partes, que no se hará mediante auto sino a través de la sentencia).

- **Sentencias.-** Según **Aldo Bacre**, la sentencia “es el acto jurídico procesal emanado del Juez y volcado en un instrumento público, mediante el cual ejercita su poder-deber jurisdiccional, declarando el derecho de los justiciables, aplicando al caso concreto la norma legal a la que previamente ha subsumido los hechos alegados y probados por las partes, creando una norma individual que disciplinará las relaciones recíprocas de los litigantes, cerrando el proceso e impidiendo su reiteración futura”.<sup>124</sup> En fin, se ha estimado conveniente desarrollar con mayor amplitud este punto, tal y como se podrá observar más adelante.

Revisando la legislación comparada, se ha podido observar que las Resoluciones Judiciales pueden clasificarse sólo en dos grupos:

- a. **Interlocutorias.-** Estas a su vez, se subclasifican en providencias (denominadas también decretos) y autos, los cuales son dictados por los órganos jurisdiccionales durante la sustanciación del proceso.

La distinción entre providencias (o decretos) y autos, se funda en la menor o mayor trascendencia de las cuestiones sobre las que recaen, punto acerca del cual proveen las leyes procesales detalladamente. Por ello, en algunas legislaciones existe una diferencia formal entre providencias (decretos) y autos, debiendo éstos contener, al igual que las sentencias, los resultados y considerandos.

- b. **De fondo.-** Están constituidas básicamente por las denominadas sentencias, las cuales deciden la cuestión de fondo que constituye el objeto del mismo.

Al respecto, **Véscovi** señala que las resoluciones judiciales “... se dividen en: de mero trámite, que sólo dan el impulso al proceso; interlocutorias (sentencias o autos, según los Códigos), que se dictan durante el procedimiento y se relacionan con una cuestión conexa pero ajena a la principal (al objeto del proceso); y definitivas, que viene a ser la sentencia final. Después de estas siguen en importancia los autos; interlocutorios, que en ciertos casos pueden tener carácter de

---

<sup>124</sup> BACRE, Aldo. Teoría General del Proceso. Buenos Aires - Argentina. Editorial Abeledo Perrot. 1992. Tomo III. Pág. 396.

definitivos cuando, al resolver una cuestión accesorio (caducidad, prescripción, cosa juzgada, etc), ponen fin al proceso.<sup>125</sup>

En cuanto a las clases de resoluciones judiciales (denominadas también providencias en sentido lato), **Devis Echandía** nos informa que en muchos países se utiliza el término sentencia exclusivamente para la decisión definitiva de la instancia, respecto a la demanda y las excepciones de mérito o fondo contra las pretensiones contenidas en aquélla (con algunas salvedades), o de los recursos extraordinarios de casación y revisión; las demás providencias se denominan autos y se distinguen éstos en interlocutorias y de mera sustanciación, según se refieran a cuestiones incidentales o accesorias relacionadas con el fondo del asunto (los primeros) o simplemente con el gobierno del proceso (los últimos).<sup>126</sup>

Por su parte, la **Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil de España** ha establecido en su Artículo 206 que Las resoluciones de los tribunales civiles se denominarán providencias, autos y sentencias.

Se dictará **providencia** cuando la resolución no se limite a la aplicación de normas de impulso procesal, sino que se refiera a cuestiones procesales que requieran una decisión judicial, bien por establecerlo la ley, bien por derivarse de ellas cargas o por afectar a derechos procesales de las partes, siempre que en tales casos no se exija expresamente la forma de auto.

Se dictarán **autos** cuando se decidan recursos contra providencias, cuando se resuelva sobre admisión o inadmisión de demanda, reconvención y acumulación de acciones, sobre presupuestos procesales, admisión o inadmisión de la prueba, aprobación judicial de transacciones y convenios, anotaciones e inscripciones registrales, medidas cautelares, nulidad o validez de las actuaciones y cualesquiera cuestiones incidentales, tengan o no señalada en esta ley tramitación especial. También revestirán la forma de auto las resoluciones que pongan fin a las actuaciones de una instancia o recurso antes de que concluya su tramitación ordinaria.

---

<sup>125</sup> VÉSCOVI, Enrique. Teoría General del Proceso. Bogotá - Colombia. Editorial Temis. S.A. 1999. Pág. 221.

<sup>126</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General del Proceso. Buenos Aires - Argentina. Tomo I. Editorial Universidad de Buenos Aires. 1985. Pág. 513-514.

Y, finalmente se dictará **sentencia** para poner fin al proceso, en primera o segunda instancia, una vez que haya concluido su tramitación ordinaria prevista en la Ley. También se resolverán mediante sentencia los recursos extraordinarios y los procedimientos para la revisión de sentencias firmes.<sup>127</sup>

En la literatura procesal de otros países como Italia, las resoluciones judiciales se clasifican en **decretos, ordenanzas y sentencias**. La diferencia entre sentencia, ordenanza y decreto es bastante confusa. Sobre el particular, **Rocco** ha pretendido establecerla diciendo que la **sentencia** declara el derecho controvertido; la **ordenanza** provee a la marcha de un proceso en curso, y el **decreto** a todas las demás funciones judiciales o administrativas.

La doctrina alemana no presenta un criterio uniforme en cuanto a la distinción de las resoluciones judiciales, pues algunos autores afirman que la existente entre sentencia, ordenanza y decreto es puramente formal (la sentencia, se pronuncia en forma solemne; la ordenanza, mediante un acto simplemente formal; y el decreto, mediante un acto no formal); mientras que para otros, después de clasificar las resoluciones judiciales en sentencias y decretos, atribuyen el carácter de sentencia a la resolución judicial recaída previo debate entre las partes, o cuando, aún no habiendo existido éste, las partes hubieren sido citadas en legal forma, y consideran decreto a la resolución judicial recaída cuando la cuestión ha sido decidida inaudita altera parte.<sup>128</sup>

Asimismo, el **Código de Procedimientos Civiles de México D.F.** señala textualmente en su Artículo 220 que: “Las resoluciones judiciales son decretos, autos o sentencias; decretos, si se refieren a simples determinaciones de trámite; autos cuando decidan cualquier punto dentro del negocio, y sentencias, cuando decidan el fondo del negocio”.<sup>129</sup>

## II. Derecho de Acción

### A. Concepto de Derecho de Acción

---

<sup>127</sup> LEY 1/2000 DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE ESPAÑA. Fue aprobada el 07 de enero del 2000. **Artículo 206º:** De las Resoluciones Judiciales y de las Diligencias de Ordenación.

<sup>128</sup> DE PINA, Rafael y José Castillo Larrañaga. Derecho Procesal Civil. México D.F. Editorial Porrúa. 1990. Pág. 320.

<sup>129</sup> CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE MÉXICO D.F. Fue aprobado el 31 de mayo de 2002. Artículo 220º referido a Resoluciones Judiciales.

La acción es, en nuestro concepto, el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión.<sup>130</sup> Este poder jurídico compete al individuo en cuanto tal, como un atributo de su personalidad. Tiene en este aspecto un carácter rigurosamente privado. Pero al mismo tiempo, en la efectividad de ese ejercicio está interesada la comunidad, lo que le asigna carácter público. Mediante la acción se cumple la jurisdicción, vale decir, se realiza efectivamente el derecho, ya que, por tradicional principio que rige en materia civil, la jurisdicción no actúa sin la iniciativa individual: *nemo iudex sine actore*.

**Devis Echandía**<sup>131</sup>, define la acción como el derecho público, cívico, subjetivo, abstracto y autónomo, que tiene toda persona natural o jurídica, para obtener la aplicación de la jurisdicción del Estado a un caso concreto mediante sus sentencias, a través de un proceso, o para pedir que se inicie la investigación penal previa al proceso. Dice el autor que la acción es una actividad jurídica por naturaleza, puesto que origina relaciones jurídicas, derechos y obligaciones, cargas y facultades. Es subjetivo, dado que no es un simple poder o una facultad inherente al derecho de libertad o a la personalidad, que pertenece a todas y cada una de las personas físicas o jurídicas que quieran recurrir al Estado para que les preste el servicio público de su jurisdicción.

**Bello Lozano**, manifiesta que la acción es el nervio del derecho procesal, y el fin del Estado moderno, pues es solamente a él a quien corresponde resolver los conflictos surgidos entre las personas mediante el ejercicio de la función jurisdiccional, consistente en el estudio y decisión de los litigios aplicando a cada caso en particular, el derecho subjetivo.<sup>132</sup>

---

<sup>130</sup> COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Euros editores S.R.L 2005. Pág. 47. Buenos Aires-Argentina.

<sup>131</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1984). Teoría general del Proceso. Tomo I. Editorial Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires - Argentina. Pág. 172

<sup>132</sup> BELLO LOZANO, Humberto (1987). Los Trámites Procesales en el Nuevo Código de Procedimiento Civil. Editorial Estrados. Cuarta Edición. Caracas - Venezuela. Pág.345-349.

**Savigny**<sup>133</sup> conceptuaba a la acción como la relación que nace al titular del derecho en el caso de su violación: “La relación que de la violación resulta; es decir, el derecho conferido a la parte lesionada, es denominado derecho de acción o acción”.

Cuando de una relación jurídica material surge un conflicto que lesiona nuestro interés, hacemos valer nuestro derecho de acción, que es un derecho abstracto, recurriendo al órgano jurisdiccional, llevando nuestra pretensión mediante la demanda; siendo, la principal característica del proceso civil, la instrumentalidad, pues sirve como instrumento para hacer valer el derecho material.

Para ello tenemos que cumplir con los requisitos de ejercicio de la acción que son:

**a. Posibilidad Jurídica:** Consiste en que la pretensión se halle regulada por el Derecho Material, que se encuentre tutelada por este<sup>134</sup>. Ello significa que el conflicto de interés que surja en una relación debe tener relevancia jurídica; esto es, tiene que estar amparado por el derecho sustantivo para poder recurrir al órgano jurisdiccional, de lo contrario la demanda será declarada improcedente.

**b. Legitimidad Ad Causam:** La doctrina ha clasificado la opinión de los autores en dos grupos. Los primeros, definen la legitimidad para obrar como la titularidad del derecho o relación jurídica sustancial objeto del proceso; y los segundos, sostienen que las partes pueden tener legitimidad para obrar sin tener titularidad del derecho material, porque el hecho de recurrir al órgano jurisdiccional no pertenece solamente al titular del derecho sustancial.<sup>135</sup> Se afirma que la legitimidad para obrar es cuando las partes de una relación jurídica material, el perjudicado con dicho conflicto recurre al órgano jurisdiccional pidiendo tutela jurídica efectiva.

---

<sup>133</sup> SAVIGNY, Friedrich Kart Von (2002). Citado en el II Congreso Internacional de Derecho Procesal sobre Racionalismo y Tutela Preventiva en Derecho Civil. Fondo de Desarrollo Editorial. Universidad de Lima. Lima - Perú. Pág. 16.

<sup>134</sup> VÉSCOVI, Enrique. Los Recursos Judiciales y demás Medios Impugnatorios en Iberoamerica. Editorial Desalma. 1998. Pág. 80. Buenos Aires-Argentina.

<sup>135</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General del Proceso Tomo I. Editorial Universidad. 1984. Pág. 288. Buenos Aires-Argentina.

**c. Interés para Obrar:** La doctrina considera que el interés para obrar de recurrir al órgano jurisdiccional, consiste en el estado de necesidad de tutela jurisdiccional en que se encuentra una persona en concreto, lo determina a solicitar, por vía única y sin tener otra alternativa eficaz, la intervención del respectivo órgano jurisdiccional con la finalidad de que resuelva el respectivo conflicto de interés, en el cual es parte.

### **A.1 Pertenencia de la Acción y Elementos de ella**

Entendemos por pertinencia de la acción la titularidad de ella, esto es; la asignación que de ella hace la ley a determinadas personas o sujetos. La acción pertenece a las dos partes y, tradicionalmente, se ha considerado que la acción era un instrumento del actor. En realidad, la acción pertenece a las dos partes y la única diferencia que hay es de carácter cronológico: tenemos un actor inicial y un actor sucesivo. Las dos accionan a todo lo largo del proceso, especialmente en aquellos que están inspirados del principio de bilateralidad de la audiencia o de igualdad de armas, se les brindan las mismas posibilidades de actuar”.<sup>136</sup>

#### **A.1.1. Elementos de la Acción:**

En una primera etapa del Derecho romano, esto es, durante el periodo procedimental del sistema de la *legis actiones*, se atribuía esta denominación (“acciones de la ley”) al conjunto genérico de las formalidades que las partes debían cumplir ante el magistrado, independientemente del derecho que reclaman.

Para **Savigny**<sup>137</sup> son 4 elementos:

**a) Derecho:** Es necesaria la existencia de un derecho, porque la acción sólo puede concebirse teniendo al mismo como fuente y surgida para su protección.

**b) Interés:** Es indispensable que el actor tenga interés, porque el derecho no es sino éste protegido por la ley (derecho subjetivo material); si falta el interés, la protección (acción) es innecesaria y desaparece.

---

<sup>136</sup> HOYOS HENRECHSON, Francisco. Temas Fundamentales de Derecho Procesal. Editorial Jurídica de Chile 1987. Pág. 127. Santiago de Chile-Chile.

<sup>137</sup> Savigny citado por HOYOS HENRECHSON, Francisco. Idem, p. 126.



**c) Calidad:** El actor debe tener calidad, esto es, encontrarse legitimado para deducir la acción. La calidad (legitimación) la poseen tanto el titular del derecho subjetivo material (sujeto de la relación substancial controvertida), como sus sucesores y substitutos.

**d) Capacidad:** Para intentar una acción se requiere, por último, tener capacidad, es decir, la aptitud legal necesaria para deducirla sin el ministerio o la autorización de otro.

La noción de la acción como el derecho subjetivo en su tendencia a la actuación, que supone, por consiguiente, un derecho subjetivo material y su lesión, trajo como necesaria consecuencia en que sus sustentadores (Escuela alemana, española y francesa), le atribuyeran los cuatro elementos.

Para **Niceto Alcalá- Zamora y Castillo** <sup>138</sup>son 3 elementos:

**a) Capacidad:** Se trata aquí del elemento subjetivo. Ya teníamos dicho que el ejercicio de la acción se traduce en la realización de una serie de actos, que constituyen una actividad jurídica precisa. Pues bien, como fácilmente se comprende, para que tales actos produzcan sus efectos normales es necesario que sea capaz quien los lleva a cabo, es decir, que reúna las condiciones exigidas por la ley para actuar en juicio.

En cuanto a la capacidad para accionar, es decir, para ser sujeto de la acción, o, mejor, para ser “parte en el proceso”, podemos hacer una triple distinción: a.1) capacidad para ser parte; a.2) capacidad procesal; y a.3) postulación procesal.

Veamos, entonces, estos tres elementos:

**a.1) Capacidad para ser parte:** Es la aptitud legal para ser titular de los derechos o poderes jurídicos de carácter procesal o de las obligaciones de la misma naturaleza inherentes a los sujetos de juicio. Constituye el lógico paralelo de la denominada “capacidad de goce”, que establece el Derecho Civil.

**a.2) Capacidad procesal:** La capacidad para ser parte es suficiente para figurar como tal en un proceso; pero no habilita para realizar los actos que a las partes se refieren, es decir, para tener

---

<sup>138</sup> Niceto Alcalá- Zamora y Castillo citado por HOYOS HENRECHSON, Francisaco. Idem, p. 128.

la posibilidad de ejercer por si mismo los derechos que la condición de parte en el proceso supone. Constituye, a su vez, el lógico paralelo con la capacidad de ejercicio de que trata el Código Civil.

**a.3) Postulación procesal:** No obstante la capacidad procesal, por razones de índole técnica (dificultades intrínsecas de la tramitación de un proceso y desapasionamiento con que debe ser conducido, entre otras). Las partes no pueden, en tesis general, comparecer generalmente ante los órganos jurisdiccionales, sino representados por mandatarios, que reúnen los requisitos exigidos por los diversos ordenamientos procesales.

**b) La Pretensión:** La acción y la pretensión, aun encontrándose ambas indisolublemente unidas (la primera es el continente de la segunda), muestran no obstante, claramente sus diferencias. Resultaría fácil, sin embargo, una confusión de tales conceptos, lo que obstaculizaría, en último término, la adecuada comprensión del problema de la acción.

La pretensión puede ser formulada indistintamente por quien tiene derecho o por quien carece de él. Consecuentemente, no porque ella pudiere estar destituida de fundamento dejará de ser tal. De aquí que, como enseñaba Carnelutti “el arma con que la pretensión opera en el campo del derecho es la razón. Es necesario distinguir, entonces, la pretensión del derecho que la sostiene”.<sup>139</sup>

“La razón de la pretensión es la afirmación de la tutela que el orden jurídico concede al interés cuyo prevalecimiento se exige; o, en otras palabras, la afirmación de la conformidad de la pretensión con el derecho objetivo”.<sup>140</sup> La pretensión une a la acción con el derecho substancial, constituyendo entre ambos una especie de “cordón umbilical”. Esto rige con la pretensión principal, mas no con las secundarias. Bien puede suceder que una misma acción contenga

---

<sup>139</sup> CARNELUTTI, Francesco. Sistema de Derecho Procesal Civil. Barcelona – España. Editorial Ejea. Pág. 7. 1942.

<sup>140</sup> CARNELUTTI, Francesco; ídem., p. 9.

varias pretensiones de fondo, conexas o inconexas entre sí, según los diversos regímenes procedimentales a que pudieran encontrarse sometidos.<sup>141</sup>

**c) La Instancia:** Este es, el elemento estricta o puramente procesal de la acción y que mejor pone de relieve la naturaleza dinámica de ésta. Como su esencia consiste en “instar” el curso del procedimiento, su nombre arranca del propio verbo.

En su acepción común, “instancia” significa “requerimiento”, “petitorio” o “solicitud”. Se dice, por ello, que los actos procesales se realizan de oficio (bajo el signo del principio inquisitorio) o a instancia de parte (principio dispositivo), según sobre quien pesare el imperativo (carga, si se trata de las partes) del impulso procesal.

El elemento instancia, dentro de la concepción dinámica de la acción, que asigna a ésta un rol protagónico permanente en el proceso, llevándolo a su destino lógico, que es la sentencia final, constituye el motor de la misma, que no se agota cual puñetazo en la puerta del órgano jurisdiccional, sino al término mismo de aquel, una vez compuesto el litigio, ya que constituye “una vibración continuada”, como tan exactamente sostiene Alcalá-Zamora y Castillo.<sup>142</sup>

### **III. La Demanda**

#### **B. Concepto de Demanda**

La palabra castellana “demanda” procede de la latina “demandar” que a su vez deriva de la palabra “demandado, os, as, are” que significa pedir, encargar, encomendar, lo que quiere decir que demanda significa etimológicamente: súplica, petición, encomienda.

Este valor etimológico da la primera idea de demanda como petición dirigida a alguien, idea que se ajusta perfectamente a su significación en el lenguaje procesal, como “petición de la parte al

---

<sup>141</sup> NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Citado por HOYOS HENRECHSON, Francisco. Temas Fundamentales de Derecho Procesal. Editorial Jurídica de Chile. 1987. Pág. 133. Santiago de Chile-Chile.

<sup>142</sup> NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Citado por HOYOS HENRECHSON, Francisco. Temas Fundamentales de Derecho Procesal. Editorial Jurídica de Chile. 1987. Pág. 134. Santiago de Chile-Chile.

órgano jurisdiccional”. Así, en el proceso civil, la demanda es por antonomasia el acto de iniciación del proceso.

También se puede conceptuar a la demanda como “el primer acto procesal por el cual, el demandante solicita la intervención de los organismos jurisdiccionales, a fin de que su derecho en estado de pretensión sea declarado, modificado o extinguido.

Al referirse a la demanda, el tratadista **Couture**, dice: “la demanda es el acto procesal introductivo de la instancia, por virtud del cual el actor somete su pretensión al Juez, con las formas requeridas por la ley, pidiendo una sentencia favorable”.<sup>143</sup>

Para el profesor **Pallares**, la demanda “es el acto procesal con el cual el actor indica el ejercicio de la acción y promueve un proceso”. Por ello, **Kisch** ha escrito que la demanda “es un acto básico del proceso: es el acto más importante de las partes, como la sentencia es el acto fundamental del Tribunal. La demanda, es la petición de la sentencia; esta es la resolución sobre aquélla. Ambas son piezas fundamentales del procedimiento, pues la mayor parte de los restantes actos procesales sólo sirven para provocar la sentencia, y por lo mismo, para que se estime o rechace la demanda”.

El procesalista **Hugo Alsina** define a la demanda “como el acto procesal por el cual el actor ejercita una acción solicitante al Tribunal: la protección, la declaración o la constitución de una situación jurídica. Según sea en efecto, la naturaleza de la acción deducida, la demanda será de condena, declarativa o constitutiva”.

**Giusseppe Chiovenda**, conceptúa a la demanda judicial como “el acto con el que la parte (actor) afirma la existencia de una voluntad concreta de la ley, que garantiza un bien, declara la voluntad de que la ley sea actuada frente a otra parte (demandado) e invoca para este fin la autoridad del órgano jurisdiccional”.

Sin embargo, el profesor **Ernesto Perla Velaochaga** conceptúa a la demanda desde un punto de vista extrínseco como “el escrito por el cual se entabla o inicia un juicio” e intrínsecamente en

---

<sup>143</sup> COUTURE, Eduardo. Introducción al Estudio del Proceso Civil. Buenos Aires - Argentina. Ediciones Arayú. 1988. Pág. 711.

cuanto a su contenido como “una afirmación de la existencia de una situación de hecho, jurídicamente protegida por una norma de derecho positivo y que se requiere del poder jurisdiccional para que actualice la producción a ese bien o intervenga con ese fin en un conflicto de dos o más intereses”.

Otros autores, manifiestan que demanda es el documento cuya presentación a la autoridad (juez o árbitro) tiene como objeto lograr de ésta la iniciación de un procedimiento para sustanciar en él tantos procesos como pretensiones tenga el demandante para ser satisfechas por persona distinta a dicha autoridad.

En realidad, se trata de la materialización del ejercicio de la instancia conocida como acción procesal y que, dándose necesariamente con una pretensión anexa, tiene por objeto lograr la formación de un proceso.

De esta manera encontraremos de modo inseparable a tres conceptos procesales básicos: **acción** (su objeto es formar un proceso), **demanda** (su objeto es iniciar un procedimiento) y **pretensión** (su objeto es lograr la emisión de una sentencia favorable), estos tres conceptos se exhiben en forma correlativa, dado que se apoyan recíprocamente para explicar el fenómeno procesal.

En este sentido, no podrá concebirse racionalmente la existencia de una demanda que no contenga por lo menos una pretensión a satisfacer por un tercer sujeto (distinto del demandante y de la autoridad). De ahí que, no resulta conveniente extender indebidamente el uso del vocablo para designar la actividad que materializa a cualquiera de las demás instancias (peticiones, recursos, excepciones, quejas), los cuales podrán exteriorizarse mediante actos que reciban igual denominación o por medio de notas, presentaciones, reclamos, etc.; pero no demandas. Así concebida la demanda es siempre el acto que provocará la iniciación de un procedimiento necesario para sustanciar un proceso (principal o incidental).<sup>144</sup>

---

<sup>144</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Introducción al Estudio del Derecho Procesal. Buenos Aires - Argentina. Editorial Rubinzal - Culzoni. 2004. Pág. 115-116.

De los conceptos brindados, se puede sostener que la demanda, desde el punto de vista sustantivo, es la materialización de la acción civil, por la cual se ejercita una pretensión con la finalidad de que el organismo jurisdiccional intervenga protegiendo, declarando, modificando o extinguiendo el derecho del actor”. Y, procesalmente hablando, la demanda viene a ser el primer acto procesal, que con la intervención del Juez y del demandado, se constituye la relación jurídico-procesal, se estructuran los hechos materia de la controversia (prueba), con el objeto de que en la sentencia se ampare el derecho o pretensión que se ha hecho valer.<sup>145</sup>

#### **a. Diferencias de la Demanda con otras Figuras Jurídicas o Instituciones**

En el campo del Derecho se ha confundido siempre a la demanda con la acción civil, con el derecho subjetivo y con la solicitud; sin embargo, es pertinente establecer algunas diferencias:

- **Con la Acción Civil.-** En principio, cabe señalar que la acción civil es el poder jurídico de promover las actitudes del organismo jurisdiccional civil para obtener una sentencia mediante el proceso. En cambio, en la demanda se materializa esa acción civil para llegar al órgano jurisdiccional civil que es el competente, con el cual se inicia un proceso; por otra parte la acción civil es un concepto abstracto, autónomo e independiente del derecho y que sirve al titular como un medio para acceder al órgano jurisdiccional, mientras que la demanda es un concepto que contiene acciones acumulativas o alternativas dependientes del derecho material.
- **Con el Derecho Subjetivo.-** Es la facultad que tiene como sujeto de derecho para hacer o dejar de hacer; es la facultad *agendi*; es decir, que el derecho existe en las personas naturales o jurídicas, mientras que la demanda puede o no contener derecho, esto es, que la demanda puede ejercitarse con o sin derecho. Asimismo, el titular de los derechos subjetivos puede disponer de ellos, o sea que puede o no exigir su cumplimiento; en cambio, en la demanda quien ejercita un derecho es porque el colitigante ha desconocido el legítimo derecho que le corresponde.

---

<sup>145</sup> TARAMONA H. José Rubén. Derecho Procesal Civil: Teoría General del Proceso. Lima - Perú. Editorial Huallaga. 1996. Pág. 711-712.

- **Con la Solicitud.-** En la demanda el derecho está en estado de pretensión del actor; en la solicitud el derecho está preestablecido de que solamente requiere su declaración. La demanda se interpone ante los organismos jurisdiccionales; la solicitud corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa. La demanda es eminentemente formal; en cambio, la solicitud es informal, porque la ley no establece alguna formalidad esencial.

### c. Clases de Demanda

- **Por la Forma: Orales y Escritas.-** Las demandas orales se denominan también verbales; por su origen fueron eminentemente ritualísticas. En nuestra legislación procesal por mandato de la Ley Procesal, son de competencia de los Jueces de Paz, quienes las tramitarán haciendo constar en actas escritas todas las actuaciones debidamente compaginadas. En cambio, las demandas escritas son de competencia de los Jueces de Paz Letrados y de los Jueces Civiles.

Los primeros tramitarán observando las reglas para los procesos sumarísimos, y los segundos, es decir, los Jueces Civiles, observarán los procedimientos sumarísimos, abreviados, de conocimiento, cautelares. En consecuencia, la demanda será admitida por escrito, dada la cuantía que se litiga, como la naturaleza de los procesos que requieren de ciertas garantías para el Juez y las partes.

- **Por la Existencia: Principales y Accesorias.-** Las demandas principales son las que tienen una existencia propia; valen por sí solas. En cambio, las demandas accesorias no pueden existir sin las principales, porque si declaran infundadas las demandas principales, las accesorias siguen la misma suerte; asimismo, otras veces pueden declararse fundadas las demandas principales o infundadas las accesorias; y al contrario, ninguna demanda accesorio puede declararse fundada, cuando la demanda principal ha sido declarada infundada.

Así tenemos por ejemplo, a una demanda de pago de soles, si se declara infundada, los intereses no pueden declararse fundados. Esta demanda no puede confundirse con las acciones acumuladas que contiene una demanda, porque el titular de un derecho puede

interponer una demanda principal, para posteriormente de acuerdo al resultado, pueda demandar los actos accesorios que contienen dichas demandas.

- **Por el Sujeto: Personales, Reales y Mixtas.-** Las demandas personales se refieren a los derechos de persona, de familia, obligaciones. Por ejemplo, se puede mencionar a las demandas sobre cambio de nombre, alimentos, pago de soles, etc.

Sin embargo, es preciso señalar que las demandas personales no deben confundirse con las demandas personalísimas, que solamente puede hacerlas valer el titular del derecho y éstas son intransmisibles, como las demandas de divorcio.

Las demandas reales son aquellas en las cuales se hacen valer los derechos reales, contratos. Así tenemos, por ejemplo, al derecho de propiedad, posesión, usufructo, condominio, entrega de bienes muebles, etc.

Las demandas mixtas son aquellas que tienen que ver con los derechos personales y reales. Así tenemos, por ejemplo, a las demandas de rescisión de contrato de compraventa.

- **Por el Objeto: Mobiliarias e Inmobiliarias.-** Las demandas mobiliarias son aquellas que protegen bienes, contenidas en los Artículo 886 del Código Civil; por ejemplo: entrega de bienes muebles cuando el obligado incumple con una obligación de dar, cuya acción puede hacerse valer en la vía de conocimiento, proceso abreviado o cautelar.

En cambio, las demandas inmobiliarias se refieren a los bienes inmuebles, expresamente señalados en el Artículo 885 de I Código Civil; por ejemplo: las acciones reivindicatorias, interdictos, división y partición de un inmueble urbano, etc.

- **Por el Procedimiento: Contenciosas y No Contenciosas.-** Las demandas contenciosas son aquellas en las que obligatoriamente intervienen dos partes; es decir, que existe una pretensión y una resistencia; en otras palabras, una acción y una exposición.

En cambio, las demandas o solicitudes no contenciosas son aquellas que, si bien existen dos partes, una de ellas es el Ministerio Público, cuya intervención se circunscribe a actuar como



parte o como tercero con interés. Así, en nuestro Código Procesal Civil, tenemos en forma expresa los diferentes procesos que adoptan el carácter de contenciosos y no contenciosos.

- **Por Razón de la Cuantía: De Mayor y Menor Cuantía.-** Las demandas son de mayor cuantía cuando su monto excede las 1000 Unidades de Referencia Procesal (URP), vigente a la fecha de iniciación del año judicial en que se interpone la demanda, de conformidad con el artículo 475 numeral 2 del Código procesal civil.

Las demandas de menor cuantía tienen una tramitación especial y son admisibles cuando su monto no excede de 100 URP, vigentes a la interposición de la demanda; son competentes los Jueces de Paz Letrado; los Jueces de Paz son competentes cuando la pretensión sea de hasta 10 URP, según los artículos 546 y 547 del Código procesal civil (Artículo 1 de la Ley N.º 29057, del 29 de junio de 2007).

- **Demandas Declarativas.-** Son aquellas demandas en la que el actor pretende que su derecho sea reconocido por su litigante y que el organismo jurisdiccional haga cumplir la voluntad de la ley; por ejemplo, en las acciones de declaraciones de bien propio por prescripción (Artículo 952 del Código Civil), pago de usufructo (Artículo 999 del Código Civil).
- **Demandas Constitutivas.-** Son aquellas demandas que buscan alterar o generar nuevos derechos a la persona que ejercita, como sucede en las acciones de filiación (Artículo 402 del Código Civil) que una vez declarada la paternidad, el hijo extramatrimonial tendrá iguales derechos que un matrimonial, las demandas de interdicción civil en los casos contenidos en el Artículo 565 del Código Civil. Por ello, **Chiovenda** sostiene que estas demandas tienden a cesar la incertidumbre para hacer seguro el goce de los bienes garantizados por la voluntad de la ley. Estas demandas tienen por finalidad la declaración de la existencia de un derecho, cuyos efectos van a lograr modificar o extinguir una relación jurídica.
- **Demandas de Conocimiento.-** Estas demandas tienen por finalidad, que en vía ordinaria la pretensión del actor se declare la existencia de su derecho, se modifique y se extinga con las garantías que establece la ley. Estas demandas pueden ser simplemente declarativas, si se pretende únicamente que un hecho que se presenta incierto adquiera seguridad jurídica;

puede ser constitutiva, si se refiere a una situación futura como el divorcio, nulidad de matrimonio; y puede ser también de condena, si se persigue que el demandado pague una determinada obligación.

- **Demandas de Ejecución.-** Esta clase de demandas no necesitan de una declaración previa, sino que persiguen únicamente hacer efectiva una obligación. Estas demandas, por la forma que se interponen, contienen una acción de condena, o como bien dice **Couture**: “Las demandas ejecutivas están encaminadas más a obrar que a decidir”.

### **c. Importancia y Naturaleza Jurídica de la Demanda**

Al respecto, es preciso mencionar que la demanda es una carga procesal de máxima importancia; fija las partes que según la pretensión del actor, quedarán vinculadas por la relación procesal, en tanto y en cuanto no se modifique de acuerdo con la contestación y la intervención de terceros; fija además la acción articulada, la cosa demandada y los hechos en que se funde, todo, de influencia decisiva sobre la potestad judicial de entender en el juicio y sobre la autoridad de cosa juzgada.

En tal sentido, la importancia de la demanda determina su naturaleza jurídica, por el desarrollo del proceso. De esa relevancia deriva precisamente una naturaleza compleja: para algunos es un acto de postulación, para otros constituye el objeto del proceso; también se dice que es un acto de incoación del proceso o de iniciación.

Como se estableció anteriormente, la demanda es un acto procesal de postulación que contiene una declaración de voluntad tendiente a la apertura del órgano jurisdiccional.

Desde el punto de vista del ejercicio de las acciones, los tratadistas señalan que la demanda es un acto de iniciación del proceso y que da comienzo a la instancia judicial. Por ello, se dice que la demanda abre el organismo jurisdiccional, porque ella estimula al Juez a proveer, y tiene el poder de producir un conjunto de actividades procesales tendientes al desarrollo del proceso.<sup>146</sup>

---

<sup>146</sup> TARAMONA H. José Rubén. Derecho Procesal Civil: Teoría General del Proceso. Lima - Perú. Editorial Huallaga. 1996. Pág. 711-719.

### 1.2.3. DEFINICIÓN OPERACIONAL DE LAS VARIABLES

#### EN EL PROBLEMA:

VARIABLES	INDICADOR	SISTEMA DE MEDICIÓN	CATEGORÍAS	VALOR O DATO	CÓDIGO
Independiente	Resolución Concesoria de Medida Cautelar	Nominal	En Primera Instancia	X	1
			En Segunda Instancia	X	2
Dependiente	Sentencia de Segunda Instancia	Nominal	Fundada	X	1
			Infundada	X	2

#### VARIABLES:

- **VARIABLE INDEPENDIENTE:** Se ha establecido como variable independiente a la Resolución que concede la medida cautelar solicitada por el actor.
- **VARIABLE DEPENDIENTE:** Se ha establecido como variable dependiente a la Sentencia revocatoria de segunda instancia que ampara la demanda o la declara infundada.

#### INDICADORES:

- **VARIABLE INDEPENDIENTE:** Auto (Concesorio de la Medida Cautelar).

- **VARIABLE DEPENDIENTE:** Sentencia (Segunda Instancia).

**SISTEMA DE MEDICIÓN:**

- Nominal en ambas variables.

**CATEGORÍAS:**

- Se establece si la Resolución que concede la medida cautelar solicitada por el actor es expedida en Primera o Segunda Instancia.
- Se establece si la Sentencia de Segunda Instancia declara Fundada o Infundada la demanda interpuesta por el actor.

**VALOR O DATO:**

- **(X)** Significa si la Resolución concesoria de la medida cautelar es expedida en Primera o Segunda Instancia.
- **(X)** Significa si la Sentencia de Segunda Instancia declara fundada o infundada la pretensión contenida en la demanda.

**CÓDIGOS:**

**PARA LA VARIABLE INDEPENDIENTE:**

- a. Se ha establecido como código **N 1** en la variable independiente para la Resolución Concesoria de la medida cautelar solicitada en Primera Instancia.
- b. Se ha establecido como código **N 2** en la variable independiente para la Resolución Concesoria de la medida cautelar solicitada en Segunda Instancia.

#### **PARA LA VARIABLE DEPENDIENTE:**

- a. Se ha establecido como código **N.º 1** en la variable dependiente para la sentencia de segunda instancia que declara Fundada la demanda interpuesta por el actor.
- b. Se ha establecido como código **N.º 2** en la variable dependiente para la sentencia de segunda instancia que declara Infundada la demanda interpuesta por el actor.

### **1.3. EVALUACIÓN DE LA VIABILIDAD DE LA INVESTIGACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

El presente trabajo de investigación está fundamentalmente orientado a establecer cuáles son las situaciones de hecho que se presentan en la realidad respecto al problema planteado. Por ello, se ha utilizado la técnica de revisión de expedientes en los que el actor solicite una medida cautelar, ya sea en un proceso de nulidad de acto jurídico u obligación de dar suma de dinero, utilizando como instrumento las fichas técnicas que contienen las preguntas pertinentes al caso específico.

La organización del presente trabajo de investigación; es decir, la preparación para la ejecución de las fichas técnicas, se ha realizado de la siguiente manera:

- En primer término se cursó un oficio al Jefe del Archivo General de la Corte Superior de Justicia de Lima, a fin de solicitarle se nos autorice revisar expedientes que versen sobre nulidad de acto jurídico u obligación de dar suma de dinero, que tengan cuadernos cautelares.
- Para proceder a la recopilación de datos que contenían los expedientes de nulidad de acto jurídico u obligación de dar suma de dinero con sus respectivos cuadernos cautelares, se elaboraron fichas técnicas preestablecidas (tipo formato) que nos ayudaron a recopilar la información requerida para el desarrollo de este trabajo de investigación.

➤ Se ha revisado un universo de 91 Expedientes para obtener la información descrita anteriormente en 52 expedientes, los cuales provienen de los siguientes Juzgados:

- 2º Juzgado Civil de Lima. 1995.
- 3º Juzgado Civil de Lima. 1997.
- 5º Juzgado Civil de Lima. 1997.
- 7º Juzgado Civil de Lima. 1996.
- 8º Juzgado Civil de Lima. 1996.
- 10º Juzgado Civil de Lima. 1995.
- 11º Juzgado Civil de Lima. 1999.
- 15º Juzgado Civil de Lima. 1996.
- 16º Juzgado Civil de Lima. 1996.
- 17º Juzgado Civil de Lima. 1997.
- 19º Juzgado Civil de Lima. 1995-1999.
- 20º Juzgado Civil de Lima. 1997.
- 21º Juzgado Civil de Lima. 1996-1999.
- 24º Juzgado Civil de Lima. 1995.
- 25º Juzgado Civil de Lima. 1994.
- 47º Juzgado Civil de Lima. 1998.
- 49º Juzgado Civil de Lima. 1999.
- 50º Juzgado Civil de Lima. 1999.
- 51º Juzgado Civil de Lima. 2002.
- 55º Juzgado Civil de Lima. 1999.
- 57º Juzgado Civil de Lima. 1998.
- 58º Juzgado Civil de Lima. 1998.

**Nota:** Los Juzgados de los que más información se ha podido obtener, han sido específicamente los dos Juzgados Civiles de Lima resaltados anteriormente; vale decir, el 19º y 21º Juzgado Civil de Lima.

### 1.3.1. DESCRIPCIÓN DE LAS FUENTES DE INFORMACIÓN PARA CADA VARIABLE

\* **FUENTE DIRECTA:** Expedientes.

#### ¿QUÉ ES UN EXPEDIENTE?

- Es el medio que se emplea para conseguir algún fin. Negocio que se sigue sin juicio contradictorio en un tribunal o conjunto de papeles referentes a un asunto.<sup>147</sup>
- Es una serie ordenada de actuaciones judiciales en los actos de jurisdicción voluntaria.<sup>148</sup>

De ambos conceptos, se puede señalar que un expediente viene a ser el conjunto de documentos que son actuados en la vía judicial desde el momento que son presentados voluntariamente para iniciar un proceso judicial, con la finalidad de obtener tutela jurisdiccional efectiva.

Asimismo, es preciso establecer que para la **VARIABLE INDEPENDIENTE** de la Hipótesis Principal, se ha tenido como fuente de información a la Resolución concesoria de la Medida Cautelar expedida en Primera o Segunda Instancia.

Para la **VARIABLE DEPENDIENTE** de la Hipótesis Principal se han utilizado las sentencias de segunda instancia que declaran fundada o infundada la demanda.

## 2. LAS HIPÓTESIS QUE ORIENTAN LA INVESTIGACIÓN DEL PROBLEMA

### 2.1. LAS HIPÓTESIS TEÓRICAS: GENERALES Y ESPECÍFICAS. FUNDAMENTACIÓN DE LAS HIPÓTESIS Y DEFINICIÓN TEÓRICA DE LAS VARIABLES

#### A. LAS HIPÓTESIS TEÓRICAS: GENERALES Y ESPECÍFICAS

---

<sup>147</sup> Diccionario Larousse. Ediciones Larousse. 1992. Pág. 451.

<sup>148</sup> DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Madrid - España. Editorial Espasa Calpe S.A. 1992. Pág. 934.

- **HIPÓTESIS PRINCIPAL:**

Versa sobre la existencia de una relación directa entre las Medidas Cautelares concedidas en Primera Instancia con la sentencia de Segunda Instancia o definitiva obtenida favorablemente para el demandante; en términos que si se revoca la sentencia de Primera Instancia que desestimaba la pretensión contenida en la demanda, cancelando la medida cautelar de pleno derecho.

- **HIPÓTESIS ESPECÍFICA N.º 01:**

Versa sobre la relación directa que existe entre el auto concesorio de la medida cautelar de: Anotación de Demanda en relación con las otras medidas cautelares, tales como: No Innovar, Secuestro, Embargo (en sus diversas clases) u otra que haya sido solicitada por el actor en Primera Instancia y la Resolución Definitiva de Segunda Instancia o de la Corte Suprema que pone fin al proceso de manera definitiva amparando la pretensión contenida en la demanda; sin embargo esta relación se ve afectada cuando se expide sentencia en Primera Instancia desestimando la pretensión; en términos que se produce la cancelación de la medida cautelar de pleno derecho y con ello el instrumento que garantizaba el resultado final del proceso.

**HIPÓTESIS ESPECÍFICA N.º 02:**

Versa sobre la relación directa que existe entre el concesorio de la resolución de medida cautelar solicitada por el actor, como es la Anotación de Demanda y los Embargos (en sus diversas clases) u otras como: No Innovar, Secuestro, en Primera Instancia, con la sentencia de Segunda Instancia o definitiva obtenida favorablemente para el demandante.

**B. FUNDAMENTACIÓN DE LAS HIPÓTESIS**

- **HIPÓTESIS PRINCIPAL:**

Se fundamenta en la existencia de una relación directa entre los Autos concesorios de las Medidas Cautelares de: Anotación de Demanda, de No Innovar, Secuestro, Embargos (en sus



diversas clases) u otra medida cautelar solicitada por el actor, con la última sentencia obtenida favorablemente para el demandante; en términos que si la mayoría de los procesos judiciales que concluyen de manera satisfactoria para la parte demandante, constituye un contrasentido que caduque la medida cautelar por el simple hecho de que se haya obtenido sentencia desestimatoria en Primera Instancia.

En tal sentido, considero que esta situación ocasiona serios perjuicios a la parte demandante, dado que como sabemos, las medidas cautelares están destinadas a cautelar la eficacia del proceso y no de una instancia; por lo que al decidir cancelarlas no se estaría cumpliendo con la verdadera finalidad que persigue toda medida cautelar.

- **HIPÓTESIS ESPECÍFICA N.º 01:**

Versa sobre la relación directa que existe entre el concesorio de medida cautelar solicitada, como es la Anotación de Demanda en relación con las otras medidas cautelares, tales como: No Innovar, Secuestro, Embargo (en sus diversas clases) u otras; en términos que habiéndose obtenido sentencia desestimatoria en primera instancia y obtenido sentencia favorable para el demandante en segunda instancia; va a permitir que la medida cautelar solicitada no se cancele hasta que exista una sentencia definitiva a favor del actor.

- **HIPÓTESIS ESPECÍFICA N.º 02:**

Versa sobre la relación directa que existe entre el concesorio de medida cautelar solicitada por el actor, como es la Anotación de Demanda y los Embargos (en sus diversas clases) y otras como: No Innovar, Secuestro; en términos que concedida cualquiera de ellas y obteniendo sentencia favorable para el demandante en segunda instancia; va a permitir que la medida cautelar solicitada no se cancele hasta que exista una sentencia definitiva a favor del actor.

## **C. DEFINICIÓN TEÓRICA DE LAS VARIABLES**

## **I. Resoluciones Judiciales**

### **a. Concepto**

En principio, cabe precisar que resolución es la acción y efecto de resolver. Así, en el Derecho Procesal se puede hablar de decreto, auto, sentencia o providencia (en general) que expiden los jueces en el ejercicio de sus funciones, por extensión, las autoridades competentes.

En su acepción legal más genérica, debe entenderse como la palabra con que se designan las decisiones y medidas de publicidad y ejecución de las leyes adoptadas por las autoridades competentes.

Por ello, para que las resoluciones judiciales sean idóneas y se puedan tomar en cuenta en el momento de resolver la causa, deben obrar en respectivo juicio; las que son extrañas a ese, no tienen ningún valor.

Para una mejor ilustración, debemos retrotraernos a lo establecido en el Artículo 140 del Código Civil, el cual define al acto jurídico como “aquella manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas”.

De tal manera que, el acto procesal se entiende al acto jurídico emanado de las partes, de los agentes de la jurisdicción o aún de terceros legitimados, ligados al proceso, susceptibles de crear, modificar o extinguir relaciones procesales.

En consecuencia, los actos de decisión se ejecutan mediante la expedición de las denominadas “resoluciones judiciales”, con el objeto de dirigir el proceso y fallarlo: es un acto procesal del Juez.<sup>149</sup>

---

<sup>149</sup> TARAMONA H. José Rubén. Derecho Procesal Civil: Teoría General del Proceso. Lima - Perú. Editorial Huallaga. 1996. Pág. 1111.

Continuando, cabe mencionar que se entiende por resolución judicial a “toda decisión o providencia que adopta un juez o tribunal en el curso de una causa contenciosa o de un expediente de jurisdicción voluntaria, sea a instancia de parte o de oficio”.<sup>150</sup>

De tal manera que la actividad de los órganos jurisdiccionales en el proceso se manifiesta en una serie de actos regulados por la ley. Así, las resoluciones judiciales constituyen la exteriorización de estos actos procesales de los jueces y tribunales, mediante los cuales atienden a las necesidades del desarrollo del proceso a su decisión.<sup>151</sup>

**Goldschmidt** señala que las resoluciones judiciales son aquellas “declaraciones de voluntad emitidas por el Juez con el fin de determinar lo que se estima como justo...”.<sup>152</sup>

Por su parte, **Montero Aroca** sostiene que la resolución judicial “es el acto del Juez por medio del cual se declara el efecto en derecho que la ley hace depender de cada supuesto fáctico...”.<sup>153</sup>

En relación a este tema, **Podetti** refiere que “... esas declaraciones de voluntad (en las que consisten las resoluciones judiciales) pueden ser resolutorias, instructorias y ejecutorias, pues en ellas se ejercen los dos característicos poderes de la jurisdicción: el **iudicium** y el **imperium**, mandar y decidir. En ese sentido, las resoluciones que se pronuncian y plasman el **iudicium**, o sea, las que deciden o actúan sobre la relación formal o sobre la relación sustancial subyacente; es decir, sobre el contenido”.<sup>154</sup>

## **b. Clases de Resoluciones Judiciales**

---

<sup>150</sup> CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Buenos Aires - Argentina. Editorial Omeba. 1998. Tomo III. Pág. 572.

<sup>151</sup> DE PINA, Rafael y José Castillo Larrañaga. Derecho Procesal Civil. México D.F. Editorial Porrúa. 1990. Pág. 319.

<sup>152</sup> GOLDSCHMIDT, James. Derecho Procesal Civil. Barcelona - España. Editorial Labor. 1936. Pág. 300.

<sup>153</sup> MONTERO AROCA, Juan. El Nuevo Proceso Civil. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia - España. 2000. Pág. 196.

<sup>154</sup> PODETTI, Ramiro. Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral. Buenos Aires - Argentina. Editorial Ediar. 1995. Pág. 196.

Nuestro Código Procesal Civil, en su Artículo 120, solamente reconoce como resoluciones judiciales las siguientes: **Decretos, autos y sentencias**.

- **Decretos.-** Los decretos suelen ser denominados también providencias, providencias simples o providencias de mera tramitación o autos de trámite o autos de sustanciación. Sobre el particular, **Reimundín** sostiene que “las providencias o providencias de mero trámite, son las resoluciones que tienden a poner en movimiento el proceso y ordenar actos de simple ejecución...”.<sup>155</sup>

Por su parte, **Beatriz Quintero y Eugenio Prieto** señalan que “los autos de trámite disponen una simple impulsión del proceso, no requieren motivación...”.<sup>156</sup> Para **Devis Echandía** “las providencias de sustanciación son las que se limitan a disponer un trámite de los que la ley establece para dar curso progresivo a la actuación, se refieren a la mecánica del procedimiento, a impulsar su curso, ordenar copias y desgloses, citaciones y actos por el estilo”.<sup>157</sup>

En opinión de Andrés de la **Oliva y Miguel Ángel Fernández**, las providencias son “... resoluciones de tramitación o de ordenación material. Y por tramitación se ha de entender el desarrollo procedimental, el avance de los actos conforme a la serie de ellos abstractamente prevista en la norma procesal. Esto significa que, un impulso procesal (y de oficio); es decir, paso de un acto al siguiente o de una fase a la sucesiva cuando se producen los supuestos de hecho (procesales) contemplados por la ley...”.<sup>158</sup>

---

<sup>155</sup> REIMUNDÍN, Ricardo. Derecho Procesal Civil y Comercial. Buenos Aires - Argentina. Editorial Argentina. 2005. Pág. 71.

<sup>156</sup> BEATRIZ QUINTERO y EUGENIO PRIETO. Teoría del Proceso. Bogotá – Colombia. Editorial Temis. 1995. Pág. 198.

<sup>157</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal: Teoría General del Proceso. Medellín – Colombia. Editorial Biblioteca Jurídica Dike. 1994. Pág. 514.

<sup>158</sup> OLIVA Y MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ. Citado por Alberto Hinostroza Minguez en Comentarios al Código Procesal Civil. Lima - Perú. 2003. Pág. 252-253.

Conforme se desprende de nuestro ordenamiento jurídico, los decretos son resoluciones expedidas por los auxiliares jurisdiccionales (obviamente por indicación del respectivo magistrado, quien, como bien sabemos, es el director del proceso) y orientadas a impulsar el proceso, que disponen la realización de actos procesales de mero trámite; tan es así que, a diferencia de los autos y sentencias, los decretos no requieren de fundamentación alguna.<sup>159</sup>

- **Autos.-** Según **Andrés de la Oliva y Miguel Ángel Fernández**, refieren que los Autos (también denominados providencias interlocutorias) “... son las resoluciones que se dictan para resolver cuestiones de importancia, afectantes a intereses de los litigantes dignos de protección, pero distintas de la cuestión principal o **de fondo**, distintas por tanto, del objeto **principal y necesario** del proceso. En consecuencia, los autos son las resoluciones con las que, salvo que se indique expresamente que deben solventarse mediante la sentencia, se deciden las denominadas **cuestiones incidentales**, que no pongan fin al proceso...”.

Por su parte, **Devis Echandía** afirma que los autos o providencias interlocutorias “... son decisiones pronunciadas en el curso de las instancias o del trámite de los recursos extraordinarios de casación y revisión, o para el cumplimiento de la sentencia en el mismo proceso, sobre puntos que no son del simple trámite que contienen alguna cuestión de fondo distinta de resolver sobre las pretensiones de la demanda y las excepciones de fondo o mérito opuestas a ellas y que en ocasiones le ponen fin al proceso, por ejemplo, cuando se declara su perención o caducidad o se acepta una transacción total o el desistimiento de la demanda o del recurso de apelación o casación contra la sentencia”.<sup>160</sup>

Según el segundo párrafo del Artículo 121 del Código Procesal Civil, los autos son aquellas resoluciones expedidas por el Juez a través de las cuales:

- Se resuelve la admisibilidad o inadmisibilidad y la procedencia o improcedencia de la demanda.

---

<sup>159</sup> ARTÍCULO 121° (Primer Párrafo) del Código Procesal Civil: “... Mediante los decretos se impulsa el desarrollo del proceso, disponiendo actos procesales de simple trámite”.

<sup>160</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Bogotá - Colombia. Editorial ABC. 1985. Pág.456.

- Se resuelve la admisibilidad o inadmisibilidad y la procedencia o improcedencia de la reconvencción.
  - Se resuelve lo relativo al saneamiento del proceso; vale decir, se determina si existe o no una relación jurídica procesal válida.
  - Se resuelve lo concerniente a la interrupción y conclusión del proceso (con declaración sobre el fondo o sin ella).
  - Se resuelve acerca de las formas especiales de conclusión del proceso (conciliación, allanamiento, reconocimiento, transacción judicial, desistimiento y abandono).
  - Se resuelve el concesorio o denegatorio de los medios de impugnación: recursos (reposición, apelación, casación y queja) y remedios (solicitud de aclaración de nulidad procesal y cuestiones probatorias como la tacha y la oposición).
  - Se resuelve la admisión, improcedencia o modificación de medidas cautelares secuestro judicial o conservativo, embargo en forma de depósito, embargo en forma de inscripción, embargo en forma de retención, embargo en forma de intervención en recaudación o información, embargo en forma de administración, medidas temporales sobre el fondo, medidas innovativas, medidas de no innovar, etc.).
  - Se adoptan todas las demás decisiones por las que se exige la debida fundamentación (excluyéndose, obviamente, el pronunciamiento judicial acerca de la cuestión controvertida en el que se declare el derecho que corresponde a las partes, que no se hará mediante auto sino a través de la sentencia).
- **Sentencias.-** Según **Aldo Bacre**, la sentencia “es el acto jurídico procesal emanado del Juez y volcado en un instrumento público, mediante el cual ejercita su poder-deber jurisdiccional, declarando el derecho de los justiciables, aplicando al caso concreto la norma legal a la que previamente ha subsumido los hechos alegados y probados por las partes, creando una norma individual que disciplinará las relaciones recíprocas de los litigantes, cerrando el

proceso e impidiendo su reiteración futura”.<sup>161</sup> En fin, se ha estimado conveniente desarrollar con mayor amplitud este punto, tal y como se podrá observar más adelante.

## **2. Medidas Cautelares**

### **a. Importancia de las Medida Cautelares**

En sentido amplio, es preciso advertir que la función jurisdiccional, que se desarrolla tanto en el proceso declarativo como en los procesos de ejecución, “no resultan suficientes como para poder decir que se ha otorgado satisfacción plena al derecho, a la justicia reconocidos a todos los ciudadanos de una nación”.

Por ello, es preciso que las decisiones que se producen en uno y otro proceso queden garantizadas, cuando ello sea necesario, no solamente en cuanto a su cumplimiento o efectividad, sino también en cuanto a la forma o modo de esta efectividad y sobre todo a la utilidad práctica.

De lo referido en el párrafo anterior, se desprende el concepto de Justicia Cautelar o Preventiva, la cual es necesaria sobre todo cuando la función de impartición de justicia o de tutela jurídica no se propone lograr fines simplemente teóricos, sino también llevar resultados positivos y tangibles que no siempre se pueden alcanzar con los instrumentos que poseen ambos procesos, siendo necesario para tal efecto, recurrir a las Medidas cautelares.

En sentido estricto, la justicia cautelar o de aseguramiento, y las respectivas medidas cautelares o de aseguramiento, únicamente se ocuparían de garantizar la efectividad o la utilidad, o ambas cosas, de las decisiones que toman los órganos jurisdiccionales.

Sobre el particular, es pertinente mencionar por una parte que, en la mayoría de países han reconocido el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, lo que en la doctrina se ha venido entendiendo como la necesidad de que el procedimiento no se alargue más allá de un tiempo razonable de acuerdo con las características del proceso y de los derechos que en él se ejerciten.

---

<sup>161</sup> BACRE, Aldo. Teoría General del Proceso. Buenos Aires - Argentina. Editorial Abeledo Perrot. 1992. Tomo III. Pág. 396.

Por otro lado, ese tiempo razonable que hay que cubrir necesariamente en la tramitación del proceso puede implicar un grave peligro para la tutela real del derecho que el actor pretende sea declarado en la sentencia; en otras palabras, existe el peligro de que a la hora de cumplir lo ordenado por la sentencia, el mandato de ésta quede en el vacío al no existir posibilidad alguna de ejecutarla al haberse dado ocasión al demandado de realizar actos que conlleven esa ineficacia.

En ese orden de ideas, debemos tener presente el **Art. III del Título Preliminar del Código Procesal Civil**, el cual dispone que la finalidad concreta del proceso “... **es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales...**”, mientras que su finalidad abstracta “...**es lograr la paz social en justicia**”.

Para alcanzar tales finalidades es necesario que del proceso derive un resultado material que no es otro sino el efectivo cumplimiento de la sentencia. No basta con la declaración judicial, es necesario impregnarle pragmatismo a su contenido, es indispensable que se dé una auténtica composición de la litis, es decir que sea resuelta eficazmente.

La medida cautelar funda su importancia al constituir un mecanismo procesal que probablemente permitirá asegurar la ejecutabilidad del fallo final (pues no toda medida preventiva es absoluta), lo que de por sí puede significar la futura obtención del resultado material aludido, contribuyendo de esa manera a lograr la finalidad del proceso.

Esta figura procesal trasciende de manera considerable porque garantiza que durante el curso del proceso no se convierta en ilusoria la declaración judicial contenida en la sentencia, permitiendo un real cumplimiento de ella. Es de tal magnitud la importancia de las medidas cautelares que el autor **Gozáini** la destaca aún más diciendo que: “...las medidas cautelares no son salvaguarda del derecho subjetivo, sino de la finalidad jurisdiccional”.<sup>162</sup>

---

<sup>162</sup> HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. El Embargo y Otras Medidas Cautelares. Editorial San Marcos. Lima - Perú. Pág. 21-22.



## b. Naturaleza Jurídica de las Medidas Cautelares

Como sabemos, el objeto de la medida cautelar genéricamente está centrado en asegurar el cumplimiento de un fallo definitivo. Así, tenemos a **Alfredo Jorge Di Iorio** en su tratado sobre nociones sobre la teoría general de las medidas cautelares nos dice que: las medidas cautelares se dirigen a salvaguardar el imperio iudicis o sea impedir que la soberanía del estado en su más alta expresión, que es la justicia ***se reduzca a hacer una tardía de expresión verbal o una ostentación de lentos mecanismos destinados a llegar siempre demasiado tarde.***

Debemos tener en cuenta que la tramitación de las medidas cautelares conlleva irremediablemente a un “**lapso temporal**” que en la mayoría de los casos es muy importante, cuyos efectos negativos trata de remediar el ordenamiento jurídico. Para lograr tal propósito, es necesario que se ampare en un doble fundamento:

- Debe inspirarse en el principio constitucional del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; es decir a la necesidad de que el proceso no se alargue más allá del llamado tiempo razonable, adecuándose con las características del mismo y con los derechos que en él se ejerciten.
- Debe cubrir el grave peligro que para la tutela real del derecho puede implicar la tramitación normal del proceso.

Sin embargo, es preciso tener en cuenta que la duración del proceso se convierte en una garantía del mismo, ya que acrecienta el valor seguridad en la aplicación del derecho.<sup>163</sup>

Por otra parte, debemos manifestar que hasta el momento se han manejado indistintamente los términos proceso cautelar y medidas cautelares. Al respecto, hablaremos de dos corrientes doctrinarias en relación con la naturaleza jurídica de la actividad jurisdiccional cautelar:

- Hay quienes consideran que estamos ante la existencia de un capítulo diversificado de medidas cautelares, que no constituyen procesos cautelares, con diversos procedimientos no

---

<sup>163</sup> ÁNGELES JOVÉ, María. Medidas Cautelares Innominadas en el Proceso Civil. Editorial Bosh S.A. Barcelona - España. 1995. Pág. 13.

reconducibles a unidad, en clara dependencia respecto del proceso principal (instrumentalidad). En esta tendencia doctrinal, la actividad cautelar se ve como un complemento de los procesos de declaración y de ejecución; técnicamente un incidente del primero y “un medio de aseguramiento” del segundo.

- Existe un segundo sector doctrinal, que considera a la actividad jurisdiccional cautelar como un proceso, diferente del proceso de declaración y del de ejecución, aunque se halle en esa situación de instrumentalidad respecto de ellos. Y entre otras razones, porque la pretensión procesal objeto del proceso cautelar es distinta a la del proceso principal, y recibe un tratamiento procesal más o menos amplio, pero diferenciado del correspondiente a la pretensión principal, por lo que se hace necesario establecer reglas de competencia específicas para pretensiones cautelares, es decir, normas diferentes de las que se refieren al proceso principal. Por ejemplo, no se anulan las medidas cautelares trabadas ante un juez incompetente, sino que se derivan al que le corresponde, sin que se extinga su eficacia conforme lo regulan varios ordenamientos procesales civiles extranjeros, y se encuentra regulado en los artículos 42 y 44 del Código procesal civil peruano.

Debemos tomar en cuenta que la falta de sistemática, la desorganización legislativa que se establece respecto a las medidas cautelares, no debe significar un obstáculo para defender esta segunda posición doctrinal, sino más bien debe servir para profundizar la búsqueda de una buena regulación del proceso cautelar.

Consecuencia del párrafo anterior, se entiende que la actividad cautelar es una actividad jurisdiccional y, por tanto, responde a la necesidad de hablar de proceso, con todos los elementos que conllevan a considerarlo como tal. Dicho proceso tendrá por objeto la tutela cautelar o preventiva que sirva como mecanismo jurídico-procesal para garantizar la pretensión declarativa y la de ejecución.

Tenemos conocimiento que el instituto de la medida cautelar a través de su desarrollo doctrinario ha encontrado varios tópicos de estudio; se le ubicó por un lado como acción, como pretensión, como proceso, como providencia, como medida, como aseguramiento; asimismo se realizaron

estudios relacionándola con el proceso ejecutivo, proceso de conocimiento, como mera resolución o mandato declarativo y como una actividad jurisdiccional del Estado.

Comparto plenamente la opinión del profesor Carlos Perez Ríos en su tesis titulada Estudio Integral de las Medidas Cautelares (Página342), cuando señala que el auto cautelar no tiene una naturaleza ejecutiva.

Como sabemos, la tutela cautelar se confiere después de un procedimiento meramente informativo y de un conocimiento sumario y, además, sin audiencia de la parte afectada; vale decir *inaudita pars*.<sup>164</sup>

Este instituto es estudiado desde tres estadios distintos: como jurisdicción, como acción y como proceso. El objetivo era establecer de un lado si las medidas cautelares eran una manifestación de la actividad jurisdiccional del Estado- a través de los Jueces-si por su función, pertenecían al proceso de conocimiento o al proceso de ejecución o si pertenecen a otro proceso. Por otra parte también era necesario establecer si la medida cautelar constituye una acción. Finalmente su estudio se orientó hacia los procedimientos que debían regir para obtener una medida cautelar.<sup>165</sup>

Un sector de la doctrina se ha mantenido en la firme posición de ligar a la medida cautelar con el proceso de ejecución. Por ello, se asegura que la sistematización de las providencias cautelares se puede efectuar sobre la base de tres criterios fundamentales:

- a. Estas providencias deben estudiarse en el proceso de ejecución, porque forman parte de él o a él pertenecen.
- b. Esas providencias no pertenecen exclusivamente al proceso de ejecución, porque alguna de ellas se forman y producen efectos en el proceso de conocimiento, y por tanto deben examinarse en uno o en el otro de acuerdo con su naturaleza.

---

<sup>164</sup> MARTINEZ BOTOS, Raúl. Citado por la Academia de la Magistratura en el material de lectura para cursos a distancia sobre el tema: Presupuestos para la adopción de la providencia cautelar. Editorial Universo. Buenos Aires - Argentina. 1990. Pág. 17.

<sup>165</sup> CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Las Medidas Cautelares. Madrid – España. 1993. Pág. 15-17.

- c. Esas providencias se dictan en un proceso distinto al proceso de conocimiento y al proceso de ejecución, no tanto por su estructura sino por su función, alcanzando su finalidad específica mediante el ejercicio de una acción autónoma- acción cautelar-independiente de la acción declarativa o de su ejecución.

### **c. Finalidad de las Medidas Cautelares**

Al respecto, cabe precisar, que durante el lapso que inexorablemente transcurre entre el comienzo de un proceso y el dictado de la sentencia definitiva pueden surgir innumerables circunstancias que tornen imposible o dificulten la ejecución forzada o diluyan los efectos de la decisión final.

De ahí que el legislador atendiendo a que resulta materialmente imposible satisfacer instantáneamente cualquier pretensión haya debido prever diversas medidas que puedan solicitarse y decretarse dentro del llamado proceso cautelar, cuya finalidad se limita a asegurar la eficacia práctica de la sentencia o resolución que debe recaer en otro proceso.

Se ha establecido en algunas legislaciones que la finalidad de las medidas cautelares consiste esencialmente en el aseguramiento del derecho afirmado mientras es discutido en el proceso para mantenerlo íntegro en la fase ejecutiva una vez reconocido en la sentencia, aseguramiento que, dada la urgencia del proceso puede llevarse a cabo sin audiencia de los afectados.<sup>166</sup>

Por su parte, tratadistas como **Serrantes Peña y Palma**, señalan que todo proceso demanda un tiempo considerable para su decisión, y es probable que durante su sustanciación se produzcan hechos que tornen imposible el cumplimiento de lo resuelto por la sentencia definitiva.

El tratadista **Roland Arazí** manifiesta que la finalidad de las medidas cautelares es evitar que el tiempo que insume el proceso frustre el derecho del peticionario; asegurando de esta manera el eventual cumplimiento de la sentencia, disipando los temores fundados de quien la pide. En tal

---

<sup>166</sup> CHAMORRO BERNAL, Francisco. La Tutela Judicial Efectiva. Barcelona - España. Editorial Bosch. 1994. Pág. 283.

sentido, es conveniente que exista correspondencia entre el objeto del proceso y el objeto de la medida cautelar a dictarse.<sup>167</sup>

Por otro lado, cabe resaltar que una medida cautelar supone en sí un remedio procesal que de ordinario debe aplicarse con criterio restrictivo y cuyo fundamento reside en la necesidad de mantener la igualdad de las partes en litigio, evitando que se vean perjudicadas las sentencias que ponen fin al proceso.

Así, diremos que la medida cautelar tiene por finalidad darle -en lo posible- al solicitante de la misma la seguridad que lo ordenado en la sentencia va a ser cumplido o ejecutado. De esta manera se garantiza que no sólo va a obtener una simple declaración respecto de su derecho, sino que su pretensión va a ser amparada de modo efectivo.

A la cognición y a la ejecución, con las que la jurisdicción cumple el ciclo entero de sus funciones principales, se agrega una tercera actividad que tiene una finalidad auxiliar y subsidiaria, y es la actividad cautelar. La misma está dirigida a asegurar, a garantizar, el eficaz desenvolvimiento y el proficuo resultado de las otras dos, y ocurre, por eso, mediatamente a la obtención de los fines generales de la jurisdicción.

Entonces, las medidas cautelares tienen por finalidad asegurar el resultado de la sentencia que debe recaer en un proceso determinado, para que la justicia no sea burlada, haciendo imposible su cumplimiento. Es imprescindible retener esta finalidad que conecta directamente la actividad cautelar con la posibilidad concreta de poder cumplir eventualmente el mandato judicial emanado de la sentencia, pues de esta forma no sólo protegen el interés privado de las partes, sino que actualmente se considera que más que ello tienden a garantizar la eficacia y seguridad de la actividad jurisdiccional.

Como consecuencia de las modernas teorías procesales es que, en materia jurisdiccional se va más allá del interés privado, ya que se haya comprometida la misma figura del Estado en cuanto

---

<sup>167</sup> ARAZI, Roland. Medidas Cautelares. Buenos Aires – Argentina. Editorial Astrea. 1999. Pág. 5-6.

es el encargado de dicha actividad jurisdiccional, asimismo, la jurisprudencia ha variado hacia un criterio más amplio de admisibilidad de las medidas.<sup>168</sup>

**Novellino**, señala que la finalidad cautelar se ordena exclusivamente en función del posible cumplimiento de la sentencia que se dicte en un proceso, lo cual afirma el carácter instrumental de la medida cautelar que no puede existir de ninguna manera por sí misma, sino que debe referirse necesariamente a un proceso actual o a promoverse dentro de un lapso determinado, sin el cual no tiene razón alguna de ser. El citado tratadista no deja de reconocer, sin embargo, que es lugar común sostener que es una conquista de derecho procesal moderno haber establecido la autonomía del proceso cautelar.

Señala también que tal posición es criticable porque respecto a las medidas cautelares no puede hablarse de un verdadero proceso, y aún cuando así se admitiere, es innegable su dependencia de otro proceso principal, con lo cual debe descartarse su pretendido carácter autónomo.

Concluye su opinión estableciendo que la doctrina italiana, promotora de esta posición, tenía que justificar el carácter cautelar de ciertos institutos que, en realidad, eran verdaderos procesos y que no revestían el carácter de cautelar, ya que la única autonomía que podría reconocérseles a las medidas cautelares es la procedimental; es decir que se sustancian con independencia del proceso principal aunque existen influencias de éste sobre aquéllas y viceversa.

**Palacio**, por su parte, señala que desde una perspectiva teórica y práctica, la caracterización de la materia examinada bajo el rótulo de “medidas” o “providencia” cautelares no resulta en modo alguna desdeñable, el criterio que preside tales denominaciones no se opone a la existencia de un verdadero proceso cautelar, ya que si bien éste carece de autonomía con respecto al proceso principal cuya eficacia garantiza, la tiene, sin embargo, en el ámbito conceptual, e incluso con entidad suficiente para justificar su regulación legal como lo ha hecho por ejemplo el Código Brasileño, en el mismo rango que se otorga a los restantes tipos de procesos, aunque no con el alcance exageradamente amplio que propicia un sector de la doctrina.

---

<sup>168</sup> DI IORIO, Alfredo J. Temas De Derecho Procesal. Editorial Depalma. Buenos Aires - Argentina. 1985. Pág. 90.

**Lázzari** manifiesta que al solicitar medidas cautelares se pretende obtener el “**anticipo de la garantía jurisdiccional**” y se otorgan sobre la base de la mera verosimilitud del derecho que se pretende garantizar, no teniendo un fin en sí mismas, sino que sirven a un proceso principal, por lo cual su existencia es provisoria al depender de las contingencias del litigio del cual derivan.<sup>169</sup>

**Azula Camacho** señala que el objeto de las medidas cautelares es evitar que los bienes se substraigan del patrimonio del deudor y sea ilusoria la obligación reclamada en el proceso, cumpliendo de esa manera el principio de que ellos constituyen la prenda general de los acreedores.

Para **Moretti**, la medida cautelar tiene por finalidad evitar o precaver un daño específico: el que resultará necesariamente de la demora en obtener una providencia definitiva a través del largo desarrollo de un proceso ordinario.

**Ottolenghi** establece prácticamente que la medida precautoria tiene por objeto asegurar las consecuencias del proceso mediante el mantenimiento de un estado de hecho o de derecho, o prevenir las repercusiones, posiblemente perjudiciales, de la demora en el pronunciamiento de las resoluciones judiciales.

Para **Monroy**, la finalidad concreta de la medida cautelar debe apreciarse, desde la perspectiva de la parte que la peticiona, como el medio para asegurar el cumplimiento (ejecución) del fallo definitivo, anticipando la comprobación de un hecho discutido, cuando permite al futuro demandante actúe anteladamente una prueba a fin de asegurar su existencia y eficacia en un posterior proceso.<sup>170</sup>

**Carrión Lugo**, manifiesta que la principal finalidad de las medidas cautelares es asegurar el cumplimiento de las decisiones judiciales que se van a dictar en el futuro y evitar de ese modo que éstas sean incumplidas o burladas por el afectado con la medida precautoria. Este objetivo

---

<sup>169</sup> NESTOR DE LÁZZARI, Eduardo. Medidas Cautelares. Editorial Platense. La Plata - Argentina. 1989. Pág. 6.

<sup>170</sup> MONROY GALVEZ, Juan. Temas de Proceso Civil. Ediciones Librería Studium. Lima- Perú. 1987. Pág. 16.

indudablemente es una finalidad concreta de las medidas cautelares. Siendo la finalidad abstracta e implícita, que las medidas cautelares propicien la eficacia del proceso como instrumento procesal y en su generalidad hacen que los procesos no sean objeto de dilación maliciosa por parte de los deudores.<sup>171</sup>

**Calamandrei** ha sostenido que “Hay, pues, en las providencias cautelares, más que la finalidad de actuar el derecho, la finalidad inmediata de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva que servirá a su vez para actuar el derecho. La tutela cautelar es, en relación al derecho sustancial, una tutela mediata: más que a hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia”.<sup>172</sup>

**Martínez Botos** nos dice que la finalidad de la medida cautelar consiste en:

- ❖ Impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretenda obtener a través del proceso en el que se dicta la providencia cautelar, pierda su eficacia durante el tiempo que transcurra entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva.
- ❖ Asegurar que la justicia alcance el cumplimiento eficaz de su cometido e impedir que en su oportunidad pueda convertirse en ilusoria la condena que ponga fin al proceso.
- ❖ Asegurar el cumplimiento de las resoluciones judiciales cuando, antes de incoarse el proceso o durante su curso, una de las partes demuestra que su derecho es verosímil y que existe peligro de que la decisión jurisdiccional sea incumplida.
- ❖ Asegurar el resultado práctico de la sentencia que debe recaer en un proceso determinado para que la justicia no sea eludida haciéndola de imposible cumplimiento.

---

<sup>171</sup> CARRIÓN LUGO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Civil. Editora Jurídica Grijley. Lima- Perú. Volumen V. 2009. Pág. 233.

<sup>172</sup> CALAMANDREI, PIERO mencionado por el profesor LANDA ARROYO, César. Los Procesos Constitucionales en la Jurisprudencia del Tribunal Cosntitucional. Palestra Editores. Lima- Perú. 2010. Pág. 238.



En ese orden de ideas, se puede decir que la medida cautelar tiene por objeto asegurar la satisfacción del derecho del pretensor o la reparación del daño producido, estando también dirigida a evitar este último, lo cual significa que su finalidad radica en impedir que la sentencia a dictarse en el proceso principal llegue a ser (por circunstancias naturales-como la pérdida o destrucción de los bienes del deudor, por ejemplo-o voluntarias-disposición de los bienes del obligado) inútil o inejecutable, ya sea total o parcialmente.<sup>173</sup>

Por último, revisando la jurisprudencia comparada, tenemos que el Tribunal Constitucional español, mediante Sentencia Nro. 14, del 10 de febrero de 1992, ha sentado los siguientes principios: “La tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso” y “El legislador no puede eliminar de manera absoluta la posibilidad de adoptar medidas cautelares dirigidas a asegurar la efectividad de la sentencia, pues así vendría a privarse a los justiciables de una garantía que se configura como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva”.<sup>174</sup>

Al respecto, el nexo entre tutela cautelar y tutela efectiva no aparece explícitamente en nuestro Código Procesal Civil, toda vez que en su Art. 608 establece que la finalidad de las medidas cautelares es **“asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva”**.

Otros dispositivos legales señalan que la finalidad de las medidas cautelares es “evitar un perjuicio irreparable” o “asegurar la ejecución de una sentencia definitiva”. Los tres enunciados que hacen referencia al punto que se está tratando, son inadecuados para describir el verdadero sentido de una medida cautelar, pues nos brindan alcances muy limitados sobre el particular.

En el primer enunciado, si la tutela cautelar tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de la resolución definitiva, cabe hacernos la siguiente interrogante: ¿Qué resoluciones se cumplen?, pues las que ordenan algo cumplen un mandato u orden. En ese sentido, no se cumplen las resoluciones porque éstas sólo declaran la existencia o inexistencia de una relación jurídica, o las que crean, modifican o extinguen una relación jurídica.

---

<sup>173</sup> MARTINEZ BOTOS, Raúl. Medidas Cautelares. Editorial Universo. Buenos Aires - Argentina. 1990. Pág. 27-31.

<sup>174</sup> PICÍ I JUNOY. Las Garantías Constitucionales del Proceso. Editorial Bosh. Barcelona - España. 1997. Pág. 72.

La segunda fórmula también resulta inapropiada, ya que si bien la tutela cautelar puede estar dirigida a evitar un perjuicio irreparable, se entiende al derecho que está o estará en juego en el proceso; la fórmula bajo comentario es mucho más amplia de aquella que busca asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva; ya que puede ser aplicable en cualquier proceso. Sin embargo, no es descriptiva de la finalidad sino del presupuesto para conceder la tutela cautelar solicitada.

Consiguientemente, la finalidad de la tutela cautelar no puede estar limitada sólo a asegurar la eficacia de una forma de tutela jurisdiccional o, en general, a neutralizar los perjuicios irreparables que amenazan la situación a cautelar; sino que está dirigida a hacer posible que la tutela jurisdiccional se efectivice, neutralizando los peligros derivados de la duración del proceso-instrumento de tutela.

Cabe acotar que la **tutela cautelar** sirve para garantizar cualquier tipo de pretensión de cognición sea ésta constitutiva o meramente declarativa, así como asegurar también la posibilidad de una fructuosa ejecución<sup>175</sup>

#### **d. Clasificación de las Medidas Cautelares**

Según nuestro Código Procesal Civil, existen dos clases de medidas cautelares, siendo éstas las siguientes:

##### **d.1. Medida Cautelar Genérica**

En este caso, estamos frente a las denominadas “medidas cautelares atípicas”, dado que carecen de regulación normativa propia y por consiguiente, no se encuentran reguladas o establecidas en nuestro ordenamiento procesal civil. No obstante a ello, cabe precisar que esta clase de medida cautelar puede ser solicitada por el actor, siempre que cumplan con la siguiente

---

<sup>175</sup> ARIANO DEHO, Eugenia. Problemas del Proceso Civil. Editorial Jurista. Lima - Perú. 2003. Pág. 601-604.

condición: “que aseguren de manera más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva, así lo ha previsto el Artículo 629 del Código procesal civil peruano.

Sobre el particular, el procesalista **Ugo Rocco** explique que “frente a la efectiva o presunta necesidad de proveer o suministrarle al juez un poder cautelar general que pueda ponerlos en condiciones de adoptar providencias, frente a la necesidad cautelar general, idóneas para evitar el peligro de que por posibles o probables eventos no configurados en normas específicas, pudiese de cualquier modo amenazar los intereses sustanciales que estén amparados en abstracto por el derecho objetivo; es así que el nuevo ordenamiento procesal ha predispuesto una potestad cautelar general, reconocida a los órganos jurisdiccionales como una manifestación general, aunque específica, del derecho todavía más general de jurisdicción y como una forma autónoma de aplicación del derecho”.<sup>176</sup>

## **d.2. Medidas Cautelares Específicas**

A estas medidas cautelares se las conoce como “medidas cautelares típicas o nominadas”, dado que poseen una denominación asignada por el legislador y porque tienen una regulación normativa propia.

De igual manera, debemos decir que estas son las medidas que tienen mayor uso y justificación social, de allí que hayan sido reguladas de modo especial y presenten subgrupos de acuerdo con determinados criterios de procedibilidad.

En ese orden de ideas, tenemos que tanto la doctrina como la legislación comparada, hacen diferentes clasificaciones de las medidas cautelares siendo unos incompletos y otros muy complejos, por lo que se ha creído conveniente escoger una clasificación didáctica, propuesta por el **Dr. Hinostroza Minguez**. Así tenemos la siguiente clasificación:

### **1. Por la Tipicidad**

---

<sup>176</sup> ROCCO, Ugo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires - Argentina. Editorial Depalma. 1977. Pág. 225.

La regulación de las medidas cautelares obedece a cuestiones de orientación y utilidad práctica, en las cuales existe un número considerable de medidas que tienen como objeto la obtención de tales medidas. En consecuencia, una considerable proporción de las medidas solicitadas encuentran regulación en el ordenamiento procesal.

Es a estas medidas a las que la doctrina denomina medidas cautelares típicas. Además existe un número inferior de procesos requieren para su eficacia de medidas cautelares para lo cual existe lo que se denomina un ***poder general de cautela del juez***, que viene a ser una de las más importantes expresiones del poder jurisdiccional.

Se trata de un poder-deber que se encuentra regulado en el artículo 629 del Código Procesal Civil Peruano, el cual establece que una Medida Cautelar Genérica es lo siguiente:

**“Además de las medidas cautelares reguladas en este Código y en otros dispositivos legales, se puede solicitar y conceder una no prevista, pero que asegure de la forma adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva.”**

En este orden de ideas, se pueden otorgar medidas cautelares acordes con los requerimientos del proceso y con prescindencia de que se encuentren expresamente acogidas por norma jurídica alguna.

Nos encontramos entonces frente a la posibilidad que se puedan otorgar medidas cautelares atípicas. Además, se puede considerar no sólo a las no previstas por el ordenamiento, sino también a aquellas a las que se hace referencia de manera indirecta (no expresamente) cualquiera de los dispositivos legales que conforman un sistema jurídico.

Por ello, dicha expresión no resulta exacta a pesar de haber sido acogida por gran parte de la doctrina, ya que *se confunde lo típico con lo innominado*, cuando en **realidad muchas medidas sin nombre son tipificadas por el ordenamiento**.

#### **a. Medidas para Futura Ejecución Forzada**

- **El Embargo**

Las medidas para futura ejecución forzada son aquellas dirigidas a asegurar el cumplimiento de la obligación a que se le condenará al vencido mediante el correspondiente fallo jurisdiccional. Ellas garantizan que los bienes que van a ser materia de ejecución forzada se mantengan para su realización.

Las medidas para futura ejecución forzada son el embargo (en sus diferentes formas) y el secuestro (judicial y conservativo).<sup>177</sup> **El Embargo**, es el acto procesal de naturaleza preventiva encaminado a la inmovilización jurídica de los bienes del obligado, con la finalidad que el acreedor pueda satisfacer su crédito una vez que se dicte la declaración de certeza que lo reconozca y ordene su pago.

Así, según el Art. 642 del Código Procesal Civil define al embargo del siguiente modo:

“Cuando la pretensión principal es apreciable en dinero se puede solicitar embargo. Este consiste en la afectación jurídica de un bien o derecho del presunto obligado, aunque se encuentre en posesión de tercero, con las reservas que para este supuesto señala la ley”.

A continuación, tenemos las diversas clases de embargo:

- **Embargo en forma de depósito.-** En principio, el depósito voluntario constituye aquella institución por la cual el depositario se obliga a recibir un bien para custodiarlo y devolverlo cuando se lo solicite el depositante (Art. 1814 del Código Civil).

El depósito necesario es el que se hace en cumplimiento de una obligación legal o bajo apremio de un hecho o situación imprevista (Art. 1854 del Código Civil). El depósito judicial no es voluntario, ejerciéndose control de la cosa por el veedor -de haberlo- por las partes y por el Juez, a diferencia del depósito civil en que tal control lo ejerce el depositante.

---

<sup>177</sup> MONROY PALACIOS, Juan José. Bases para la Formación de una Teoría Cautelar. Lima – Perú. Páginas 256-258.

Además, en este último el bien está a la orden del depositante, debiendo serle devuelto en cuanto lo requiera, mientras que en el depósito judicial el bien está a la orden del Juez. El embargo en forma de depósito puede recaer sobre bienes muebles e inmuebles no inscritos.

Por su generalidad la medida cautelar no debe prescindir de la intervención del órgano jurisdiccional (jurisdiccionalidad), es provisoria, resulta ser instrumental, es susceptible de variación y es contingente. Además de los presupuestos genéricos están los presupuestos que establece el Art. 650 del Código Adjetivo, éstos son los siguientes:

- ❖ Que se trate de un inmueble no registrado. Se puede afectar el bien mismo, excluyendo sus frutos.
- ❖ La necesidad de nombrar depositario al mismo obligado.
- ❖ La exoneración del pago de la renta por parte del afectado.
- ❖ Obligación del afectado-propietario de conservar la posesión inmediata del predio.<sup>178</sup>

- **Embargo en forma de inscripción.-** Es aquella medida cautelar dirigida a restringir la disponibilidad de los bienes registrados (predios, naves, aeronaves, vehículos automotores, etc) del obligado, lográndose su ejecución con la inscripción del embargo en el Registro Público que corresponda, para lo cual se deben cursar los partes judiciales respectivos.

Si bien no impide la transferencia del bien, trae como consecuencia jurídica que el adquirente del mismo asuma la carga de la medida preventiva hasta por el monto que ella alcance, sustituyéndose aquél al deudor para tales efectos, salvaguardándose así los intereses del titular de la medida.

Esta clase de embargo se basa en el principio registral de publicidad por el cual se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones. Por tanto, una vez registrado ninguna persona puede alegar el desconocimiento del embargo en forma de inscripción, descartándose así la buena fe del adquirente en caso de transferencia del bien.

---

<sup>178</sup> HURTADO REYES, Martín. Apuntes de las Medidas Cautelares en el Proceso Civil. Lima - Perú. Pág. 107-108.

El **Art. 656 del Código Procesal Civil** regula el embargo en forma de inscripción estableciendo lo siguiente:

**“Tratándose de bienes registrados, la medida puede ejecutarse inscribiéndose el monto de la afectación, siempre que éste resulte compatible con el título de propiedad ya inscrito. Este embargo no impide la enajenación del bien, pero el sucesor asume la carga hasta por el monto inscrito. La certificación registral de la inscripción se agrega al expediente”.**

La compatibilidad que exige este Artículo entre la afectación y el título de propiedad ya inscrito implica que el titular del derecho dominial que aparezca en el Registro sea el obligado y no otra persona. Tal compatibilidad supone además que el bien sea susceptible de embargabilidad, pues no procedería la inscripción del embargo si tuviese la calidad de inembargable (o inafectable), como cuando se trata de un bien que se constituyó en patrimonio familiar, o que perteneciendo al Estado sea de dominio público.

Es muy importante el requisito de compatibilidad aun en el caso de haber resolución judicial que ordene la inscripción de una medida incompatible con dicho título y estando el registrador público obligado a no calificar tal resolución por mandato del segundo párrafo del Art. 2011 del Código Civil, debe el indicado registrador rechazar la inscripción en observancia del principio de tracto sucesivo (contemplado en el Art. 2015 del Código Civil), según el cual ninguna inscripción, salvo la primera, se hace sin que esté inscrito o se inscriba el derecho de donde emane, debiendo mantenerse siempre la exacta concordancia entre la realidad registral y el contenido del acto que se pretende inscribir; es decir que de los asientos registrales existentes se aprecie el nexo entre el título dominial inscrito y los demás derechos registrados o por registrarse.

El impedimento del acceso del mandato cautelar al Registro a causa de incompatibilidad descrita se funda además en el hecho de que ninguna inscripción puede irrogar daño a los terceros ajenos a una relación jurídica, en razón de no amparar la ley el abuso del derecho.

El registrador público no tiene por qué exigir el acta de embargo que, por lo general, extienden y adjuntan los auxiliares jurisdiccionales, pues el Art. 656 del Código Procesal Civil determina que el embargo en forma de inscripción se ejecuta inscribiéndose el monto de la afectación, lo cual tendrá lugar en la partida registral donde corre inscrito el bien materia de la medida precautoria.

Por lo tanto, es con tal inscripción que se ejecuta o formaliza la medida cautelar y no con la facción del acta que acostumbran a realizar los auxiliares jurisdiccionales.<sup>179</sup>

- **Embargo en forma de retención.-** Se da cuando la medida cautelar recae sobre un crédito del obligado o sobre bienes pertenecientes al mismo que se encuentran en poder de terceros, ordenándose su retención.

La retención es una obligación que por mandato judicial se exige a quien debe hacer entrega de bienes o pagos al deudor, debiendo el retenedor reservarlos a orden y disposición de la autoridad jurisdiccional que decretó esta medida preventiva. Esta medida supone la inmovilización de bienes y valores del afectado que efectúa un tercero, quien se encuentra en posesión de ellos (no siempre en calidad del deudor).

**MONROY** señala que “a través del embargo en retención se solicita a este deudor (se refiere al tercero) del deudor mantenga en su posesión el bien del deudor embargado. Tratándose de una medida cautelar, nos encontramos ante un mandato judicial que debe ser necesariamente por este tercero que pasa a ser el retenedor, quien queda sujeto a la decisión judicial respecto del destino del bien retenido”<sup>180</sup>

El retenedor no modifica de modo alguno su relación jurídica con el obligado, sino que, en virtud del mandato que se pone en su conocimiento a través de la notificación respectiva, asume el deber de entregar el bien objeto de retención, desde que le sea impuesto, de la

---

<sup>179</sup> PODETTI, Ramiro. Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral. Tratado de las Medidas Cautelares. Editorial Ediar. Buenos Aires - Argentina. 1956.

<sup>180</sup> MONROY PALACIOS, Juan José. Bases para la Formación de una Teoría Cautelar. Editorial Comunidad. Lima - Perú. Pág. 139-161.



manera que el afectado-de no existir embargo-se lo hubiere exigido, pero no al último sino al Juzgado.

Si se trata de dinero, tendrá que depositarlo a la orden de éste en el Banco de la Nación. En caso de bienes distintos, los pondrá a disposición del órgano jurisdiccional que expidió el mandato cautelar, asumiendo la calidad de depositario en tanto esto no se produzca.

Se acostumbra solicitar embargo en forma de retención, por lo general, sobre los fondos y valores que el obligado tuviere en cuenta corriente, depósito, custodia o cobranza, ya sea individual o mancomunadamente, en las distintas instituciones bancarias y/o financieras.

El embargo en forma de retención se encuentra normado en el Art. 657 del Código Procesal Civil, el cual preceptúa que:

**“Cuando la medida recae sobre derechos de crédito u otros bienes en posesión de terceros, cuyo titular es el afectado con ella, puede ordenarse al poseedor retener el pago a la orden del Juzgado, depositando el dinero en el Banco de la Nación. Tratándose de otros bienes, el retenedor asume las obligaciones y responsabilidades del depositario, salvo que los ponga a disposición del Juez”**

Por lo tanto, no sólo los bienes de carácter mobiliario o inmobiliario forman parte del patrimonio de un pretense deudor demandado en un proceso de cognición o ejecución, también forman esta masa patrimonial los derechos de crédito, en razón de tal y por ser parte de este, no cabe duda, que les pueda afectar con el conocido embargo.

Los derechos de crédito no son otros que las acreencias a favor de un sujeto de derecho, pendientes de cumplimiento por un tercero constituido como su deudor; ante esta circunstancia, cuando se tiene conocimiento de la existencia de un derecho de crédito a favor de nuestro deudor, la norma adjetiva nos brinda la posibilidad de embargarlo.

Esta viene a ser una subforma del embargo en la modalidad de retención, pues en la concepción de la norma indicada se ha considerado la retención como forma de embargo en dos vertientes: una que se orienta a los derechos de crédito del deudor; es decir cantidades dinerarias líquidas e ilíquidas; y otra que tiene relación con diversos bienes del propio deudor que se encuentran en posesión de terceros (llámese comodato, usufructo, depósito u otro)<sup>181</sup>

- **Embargo en forma de Intervención.-** El embargo en forma de intervención representa aquella medida cautelar dirigida a embargar los ingresos de las empresas pertenecientes a personas naturales o jurídicas (incluyéndose aquí a las que no tienen fines de lucro), para lo cual son ellas objeto de control o intervención por parte del órgano de auxilio judicial denominado interventor, quien, en mérito del mandato cautelar respectivo, se ocupa de recaudar directamente tales ingresos (haciendo exclusión de los destinados a cubrir los gastos propios de funcionamiento, como, por ejemplo, los haberes del personal que en ellas labora) o de informar sobre la marcha económica de la empresa intervenida a fin que el peticionante de la medida y el Juez conozcan sobre su real situación.

La intervención no busca la desposesión del conjunto de bienes que sirven a la actividad empresarial del sujeto obligado (pues recae solo sobre los ingresos que se obtengan) ni la sustitución de los órganos de administración existentes.

Es por esta razón que este tipo de medida cautelar no paraliza las actividades económicas de la empresa afectada, debiendo el interventor únicamente inspeccionar el negocio, y verificar sus operaciones y utilidades, informando de ello al Juez o recaudando las últimas directamente y consignándolas en el Banco de la Nación a la orden del Juzgado. De acuerdo a la actividad que se le ordene desarrollar al inventor, el embargo en forma de intervención puede ser de dos clases:

- **En recaudación.-** Se trata de una medida cautelar complementaria del embargo aplicable con relación a ingresos percibibles en forma periódica: alquileres, entradas a espectáculos públicos, ganancias de un comercio, etc.

---

<sup>181</sup> HURTADO REYES, Martín. Apuntes de las Medidas Cautelares en el Proceso Civil. Lima - Perú. Pág. 162.

Esta forma de la medida supone que el interventor nombrado tiene como función específica retirar, en el porcentaje y la periodicidad fijada en la providencia cautelar, los ingresos producidos por el negocio, luego de lo cual deberá depositarlos a la orden judicial.

Si bien la recaudación debe cubrir la totalidad del capital reclamado, más sus intereses y costos, en razón de que aquélla debe prolongarse en el tiempo integrándose con sucesivas retenciones, éstas no pueden exceder de un determinado porcentaje sin riesgo de afectar capital y gastos de explotación que corresponde respetar para asegurar, precisamente, la generación de ingresos.<sup>182</sup>

- **En información.-** Esta medida tiene por finalidad que el interventor informante nombrado por el Juez, entere al Juzgado, con la periodicidad que se fije en la providencia cautelar, sobre el estado de los bienes que se negocian, sobre las operaciones comerciales que se realizan y sobre todo aquello que pueda ser trascendente para el proceso y que se presenta en la actividad comercial.
- **Embargo en forma de administración.-** Esta clase de embargo es aquel que recae sobre bienes fructíferos que se afectan en administración con la finalidad de recaudar los frutos que se produzcan.

El **Art. 669 del Código Procesal Civil** señala al respecto lo siguiente:

**“El objeto de la administración no viene constituido precisamente por los frutos y rentas cuya afección quiere garantizarse, sino por el patrimonio o elementos patrimoniales del ejecutado que producen aquellos, y la administración tiene por objeto no la custodia de los bienes, que es el elemento primario y básico, sino hacerlos producir el trabajo, frutos y rentas según su naturaleza sean pertinentes e inclusive transformar estos bienes o convertirlos en los casos y en la medida que la naturaleza de la administración exija”**

---

<sup>182</sup> PALACIO LINO, Enrique. Derecho Procesal Civil. Tomo VIII. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires – Argentina. 1992. Pág. 136.

La diferencia entre la función desarrollada por el interventor y la que lleva a cabo el administrador radica en que el primero únicamente recauda los ingresos o proporciona información económica y/o financiera de la empresa intervenida, ajustándose a las directivas de su dueño o representante; mientras que el administrador precisamente se encarga de la dirección de aquélla, debiéndose acatar todas sus disposiciones.

Esta medida cautelar puede afectar también bienes considerados en forma aislada y no corporativamente (como es el caso, por ejemplo, de un inmueble dado en arrendamiento, recaudando el administrador nombrado judicialmente la renta del mismo).

Por tratarse de una medida cautelar que puede acarrear efectos gravísimos y por qué no irreversibles sobre el patrimonio del afectado, el embargo en forma de administración se acostumbra decretarlo, por lo general, luego que haya resultado improductivo el embargo en forma de intervención.

- **El Secuestro**

El secuestro es la medida cautelar por la cual se afecta física y no jurídicamente-como en el embargo- un determinado bien mueble (registrado o no) para asegurar el cumplimiento de la sentencia a dictarse posteriormente.

Implica la desposesión del bien de su tenedor (que puede ser el afectado o un tercero, si no estuviese en poder del primero) y entrega a un órgano de auxilio judicial denominado “**custodio**”, para que lo guarde y conserve a orden del Juzgado hasta que se decida en definitiva el asunto principal (si acaso el levantamiento, sustitución o variación de la medida precautoria no se produce antes). A través del secuestro se produce la extracción o aprehensión de los bienes del obligado, sea quien fuere el que los estuviese poseyendo al tiempo de la medida (respetándose los derechos adquiridos), en lo que resulte suficiente para garantizar el efectivo cobro de la deuda del afectado. Existen dos tipos de Secuestro:

- a. **Secuestro Judicial.-** El secuestro como medida cautelar autónoma tiende a preservar la integridad o evitar el uso de la cosa que constituye materia de un litigio actual o futuro. Recae, por ende, sobre el objeto mediato de la pretensión principal ya formulada o que se ha

de formular. El secuestro es definido por el Código Procesal Civil en el primer párrafo del Art. 643, el cual señala que: **“Cuando el proceso principal tiene por finalidad concreta la dilucidación del derecho de propiedad o posesión sobre determinado bien, la medida puede afectar a éste, con el carácter de secuestro judicial, con desposesión de su tenedor y entrega a un custodio designado por el Juez”**.

El secuestro judicial difiere del civil por cuanto el primero es un acto procesal de naturaleza cautelar, mientras que el segundo constituye una modalidad nominada de la prestación de servicios, vale decir que se trata de un contrato. Se asemejan en el hecho de que el bien debe ser entregado a quien corresponda, conforme al resultado de la controversia.

- **Secuestro Conservativo.**- El secuestro conservativo no recae necesariamente sobre el bien que se discute en el proceso principal, sino en cualquier bien del deudor, a fin de servir de garantía para el cumplimiento de la ejecución. La definición del secuestro conservativo se halla contenida en el segundo párrafo del Art. 643 del Código Procesal Civil, el mismo que establece lo siguiente: “Cuando la medida tiende a asegurar el pago dispuesto en mandato ejecutivo, puede recaer en cualquier bien del deudor, con el carácter de secuestro conservativo, también con desposesión y entrega al custodio”.<sup>183</sup>

## **2. Por la incidencia sobre la relación material**

Para tal efecto es necesario hacer una distinción entre relación material y relación procesal. Esta última se refiere a la situación fáctica y jurídica en la cual se sucede una crisis de cooperación entre dos o más sujetos (falta de pago del saldo del precio de una adquisición u obligación cualquiera de carácter económico comercial o familiar, etc.) esta relación se encuentra relacionada en la inmensa mayoría de supuestos con las normas jurídico materiales.

En cambio, la relación procesal es consecuencia de la primera ya que se origina en el momento en que uno de los sujetos participa de la relación material. Para ello, interpondrá la demanda, con la cual se da inicio a la relación procesal.

---

<sup>183</sup> HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. El Embargo y otras Medidas Cautelares. Editorial San Marcos. Lima - Perú. 2002. Pág. 99-151.

- a. **Medidas Cautelares Conservativas.-** son aquellos mecanismos destinados a las conservación de la situación inicial con el propósito de proteger la eficacia del proceso. Con ello se procura que el paso del tiempo no altere la situación jurídica al momento de la expedición de la sentencia.

El ejemplo del deudor a quien le son embargados sus bienes con el propósito de evitar que éste altere la relación material disponiendo de ellos y frustrando así los intentos del demandante por cobrarse lo que le es adeudado.

Las medidas conservativas afectan una porción de la relación material que podría alterarse y conllevar a la ineficacia del proceso. Sin embargo, ellos no cubren todos los requerimientos de los que debe ser objeto la medida cautelar.

- b. **Medidas Cautelares Innovativas.-** son aquellas en las que el peligro en la demora se encuentra precisamente en la mantención de algún aspecto de la relación material. Por ello, es necesario recurrir a una medida que, contrariamente a las conservativas, altere la relación material existente al inicio de la relación procesal procurando el aseguramiento de la eficacia del proceso.

Para Peyrano la medida cautelar innovativa es una diligencia cautelar excepcional que tiene a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado; pues, ordena sin que medie sentencia firme, que alguien haga o deje de hacer algo en sentido contrario al representado por la situación existente.<sup>184</sup>

Sin embargo, no deben ser consideradas de carácter excepcional debido a que, en la medida en que la solicitud de una cautelar cumpla con los requisitos previstos por la teoría cautelar, la medida sea típica o no, deberá ser otorgada sin reparo alguno, es decir, que su otorgamiento deberá ser tan común, pertinente y necesario como sea correspondiente con los requerimientos del proceso en que se solicite.

---

<sup>184</sup> PEYRANO, Jorge. Derecho Procesal Civil. Ediciones Jurídicas. Lima - Perú. 1995. Pág. 287-288.

Es el caso por ejemplo de una fábrica que expide gases contaminantes que comprometen seriamente el medio ambiente. Una medida innovativa será aquella destinada a detener la producción de la fábrica hasta la conclusión del proceso.

- c. **Medidas de No Innovar.-** Esta medida cautelar se concede cuando no resulta aplicable otra medida prevista en la ley. Por ello, es de carácter subsidiario y se dicta ante la inminencia de un perjuicio irreparable y tiene como finalidad conservar la situación de hecho o de derecho existente al momento de la admisión de la demanda, en relación a personas y bienes comprendidos en el proceso, de conformidad con lo previsto en el Artículo 687 del Código Procesal Civil.

### **3. Por la similitud de sus efectos con la pretensión principal: Medidas Cautelares sobre el Fondo o Cautelares Satisfactivas – Cautela Coincidente**

Son aquellas en la cual los efectos de la medida cautelar otorgada coinciden con lo que es materia de la pretensión principal. Sin embargo, hay quienes no sostienen esto por ejemplo **Juan José Monroy Palacios** sostiene que el proceso cautelar siempre tiene un carácter instrumental respecto del proceso principal, por el cual la materia cautelar goza de autonomía teleológica y cognoscitiva. El juez dicta medidas similares a los requerimientos contenidos en el petitorio de la demanda., ya que es la mejor forma de asegurar la eficacia del proceso.

Por ende, la denominación de medida cautelar sobre el fondo es errada porque no es lo mismo una simple coincidencia práctica que identificación plena (jurídica y material), ni tampoco que se denomine cautela satisfactiva, ya que ello hace referencia a la posibilidad de solucionar un conflicto de intereses de manera definitiva, por tratarse de una característica atribuible únicamente al proceso, más no a los instrumentos que se encuentran al interior de él, como una medida cautelar que es un incidente destinado a procurar la eficacia del proceso. Durante el desarrollo del proceso, no se pueden construir derechos sustanciales sobre meras situaciones expectáticas.

La satisfacción se trata en general de un fenómeno en donde las partes de la relación procesal se ven favorecidas con la culminación del proceso, al satisfacer su necesidad de acudir a un órgano

jurisdiccional para que le sea resuelta su controversia; independientemente del sujeto favorecido con la sentencia final.

La ejecución provisional es una institución procesal que se asemeja mucho a las llamadas medidas cautelares sobre el fondo y se sustenta en la siguiente consideración: el primer grado de jurisdicción concluye con una sentencia sobre el fondo, cuando el Juez de instancia encuentra *certeza* sobre la fundabilidad del derecho.

Esta institución convierte a aquella certeza en requisito para retirar el efecto suspensivo del eventual recurso de apelación y proceder, por tanto, a la ejecución inmediata. Las medidas cautelares coincidentes (mal llamadas “sobre el fondo”) hacen suyos todos los beneficios que la ejecución provisional pueda proveer.<sup>185</sup>

#### **e. Efectos de las Medidas Cautelares**

El segundo componente de la norma que configura una medida cautelar son las consecuencias o efectos jurídicos que constituyen el contenido de esa medida, aquello en lo que ésta consiste.

Estos efectos pueden precisar en algún supuesto de la colaboración del sujeto pasivo de la medida, por lo que también son necesarias normas que prevean los instrumentos adecuados para obtener un cumplimiento forzoso. Es decir, como para las sentencias dictadas en proceso de declaración, se plantean también la necesidad de un régimen de la ejecución de las resoluciones que adoptan medidas cautelares. En un planteamiento general pueden distinguirse las siguientes clases de efectos (que, al mismo tiempo, denotan clases de medidas cautelares en atención a su contenido):

##### **e.1. Efectos de Aseguramiento**

Están caracterizados por mantener o constituir una situación adecuada para que, cuando jurídicamente puedan desarrollarse los efectos de la sentencia principal, puedan efectivamente

---

<sup>185</sup> MONROY PALACIOS, Juan José. Bases para la Formación de una Teoría Cautelar. Editorial Comunidad. Lima - Perú. 2002. Pág. 368.



hacerlo, sin obstáculos de difícil superación y con toda plenitud. Además esta clase de efectos de las medidas no producen una satisfacción de la pretensión deducida en el proceso principal.

Por ejemplo, en el embargo preventivo que no supone que el actor perciba la cantidad reclamada, sino la sujeción de determinados bienes a la ejecución futura y una cierta preferencia a percibir el producto resultante de su realización forzosa: en la anotación preventiva de la demanda, que no es inscripción a favor del actor, pero permitirá que ésta se produzca con plena efectividad a pesar de inscripciones a favor de terceros en el *interin*.

Esta clase de efectos constituyen el contenido tradicional de las medidas cautelares, en el plano legislativo, y doctrinalmente se acepta de modo unánime y pacífico, sin duda porque responde con exquisitez al **criterio de la mínima ingerencia** en la esfera jurídica del demandado hasta la emisión de sentencia firme. Exceder de los efectos de aseguramiento y satisfacer en alguna medida la pretensión principal sería tolerar una ejecución sin título. Las medidas cautelares han de limitarse a ser conservativas.

## **e.2. Efectos de Conservación, pero no de simple aseguramiento**

Se trata de un paso más en el contenido de las medidas cautelares en el sentido de superar la mínima ingerencia que suponía la anterior clase de efectos y de aproximarse a un efecto de satisfacción de la pretensión. Legislativamente se ha dado ese paso con una serie de medidas cautelares y en la doctrina este contenido de las mismas merece aún una amplia aceptación.

En efecto este contenido parece muy razonable. Cuando se argumenta que traspasar los límites del aseguramiento es tolerar una ejecución sin título, se está olvidando que mantenerse en esos límites supone, en algunos casos, algo más grave, permitir que el conflicto se resuelva interinamente mediante la autotutela de alguna de las partes, que altere por sí y ante sí el statu quo previo al conflicto.

No siempre esta conducta puede reprimirse penalmente y, en todo caso, parece obvio que el Derecho Jurisdiccional deba dar una solución propia a este problema y también que esa solución,

si se tiene en cuenta la razón de ser del proceso cautelar, pueda darse aceptablemente a través del proceso.

Las medidas cautelares no pierden en este caso su carácter conservativo, porque sus efectos se dirigen a mantener el statu quo previo al conflicto, en espera de lo que se resuelva en la sentencia principal. Pero trascienden de los efectos de aseguramiento, en cuanto en la situación que preserva pudiera estar produciéndose la satisfacción de los derechos e intereses de las partes.

Ejemplos de esta clase de efectos de las medidas cautelares son la suspensión de acuerdos impugnados de sociedades y asociaciones, que impide que aquellos pueden ejecutarse y alterar consiguientemente la situación; la suspensión de la obra en el interdicto de obra nueva, etc.)

### **e.3. Efectos Innovativos y Anticipativos de la satisfacción de la pretensión deducida en el proceso principal**

No se trata de que la conservación de cierta situación implique satisfacción de derechos e intereses que en aquella estaban siendo satisfechos, sino de introducir una innovación, satisfaciendo lo que extra procesalmente nunca fue pacíficamente reconocido. Por ejemplo, la pensión adelantada de alimentos, el desalojo de inmueble abandonado.

Los supuestos de previsión expresa de medidas cautelares con esta clase de efectos son excepcionales y, sin embargo, se han conferido al Juez poderes discrecionales para configurar los efectos de medidas cautelares se utilicen para ampliar desmesuradamente los supuestos de medidas satisfactivas, aunque esta ha sido la tendencia moderna en el Derecho comparado, tal vez por la crisis de la tutela declarativa ordinaria, al punto de que parte de la doctrina no acepta que tengan esa naturaleza y propone para las mismas incluso una diferente denominación como Tutela provisional o anticipada.

Sin embargo, a nuestro juicio debe mantenerse el criterio restrictivo en cuanto a la aceptación de tales medidas, las que existan deben considerarse cautelares si concurre en ellas la instrumentalidad que las vincula a un proceso principal.

## 2.2. LAS HIPÓTESIS OPERACIONALES O DE TRABAJO (OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES Y FORMULACIÓN DE LAS HIPÓTESIS OPERACIONALES)

### A. Hipótesis Operacionales o de Trabajo

- En la Hipótesis Principal:

VARIABLES	INDICADOR	SISTEMA DE MEDICIÓN	CATEGORÍAS	VALOR O DATO	CÓDIGO
Independiente	Resolución Concesoria de la Medida Cautelar	Nominal	Primera Instancia	X	1
			Segunda Instancia	X	2
Dependiente	Sentencia de Segunda Instancia	Nominal	Fundada	X	1
			Infundada	X	2

### VARIABLES:

- **VARIABLE INDEPENDIENTE:** Se ha establecido como variable independiente a la Resolución que concede la medida cautelar solicitada por el actor.

- **VARIABLE DEPENDIENTE:** Se ha establecido como variable dependiente a la Sentencia de Segunda Instancia que ampara la demanda o la declara infundada.

#### **INDICADORES:**

- **VARIABLE INDEPENDIENTE:** Auto (Concesorio de la Medida Cautelar).
- **VARIABLE DEPENDIENTE:** Sentencia (Segunda Instancia).

#### **SISTEMA DE MEDICIÓN:**

- Nominal en ambas variables.

#### **CATEGORÍAS:**

- Se establece si la Resolución que concede la medida cautelar solicitada por el actor es expedida en Primera o Segunda Instancia.
- Se establece si la Sentencia de Segunda Instancia declara Fundada o Infundada la demanda interpuesta por el actor.

#### **VALOR O DATO:**

- **(X)** Significa si la Resolución concesoria de la medida cautelar es expedida en Primera o Segunda Instancia.
- **(X)** Significa si la Sentencia de Segunda Instancia declara fundada o infundada la demanda.

#### **CÓDIGOS:**

#### **PARA LA VARIABLE INDEPENDIENTE:**

- a. Se ha establecido como código **N.º 1** en la variable independiente para la Resolución Concesoria de la medida cautelar solicitada en Primera Instancia.
- b. Se ha establecido como código **N.º 2** en la variable independiente para la Resolución Concesoria de la medida cautelar solicitada en Segunda Instancia.

**PARA LA VARIABLE DEPENDIENTE:**

- a. Se ha establecido como código **N.º 1** en la variable dependiente para la sentencia de Segunda Instancia que declara Fundada la demanda interpuesta por el actor.
- b. Se ha establecido como código **N.º 2** en la variable dependiente para la sentencia de Segunda Instancia que declara Infundada la demanda interpuesta por el actor.

- **En la Hipótesis Específica N.º 01:**

VARIABLES	INDICADOR	SISTEMA DE MEDICIÓN	CATEGORÍAS	VALOR O DATO	CÓDIGO
Independiente	Resolución Concesoria de la Medida Cautelar	Nominal	Anotación de Demanda	X	1
			No Innovar, Secuestro, Embargos u otra	X	2
Dependiente	Sentencia de Segunda Instancia	Nominal	Fundada	X	1
			Infundada	X	2

Interfiriente	Sentencia Desestimatoria de Primera Instancia	Nominal	Fundada	X	1
			Infundada	X	2

#### **VARIABLES:**

- **VARIABLE INDEPENDIENTE:** Se ha establecido como variable independiente a la Resolución Concesoria de la Medida Cautelar de Anotación de Demanda y otras como: No Innovar, Secuestro, Embargos u otra solicitada por el actor.
- **VARIABLE DEPENDIENTE:** Se ha establecido como variable dependiente a la sentencia de Segunda Instancia que ampara la demanda o la declara infundada.
- **VARIABLE INTERFIRIENTE:** Se ha establecido como variable interfiriente a la Sentencia de Primera Instancia que desestima o ampara la demanda.

#### **INDICADORES:**

- **VARIABLE INDEPENDIENTE:** Auto (Concesorio de la Medida Cautelar).
- **VARIABLE DEPENDIENTE:** Sentencia (Segunda Instancia).
- **VARIABLE INTERFIRIENTE:** Sentencia (Primera Instancia).

#### **SISTEMA DE MEDICIÓN:**

- Nominal en las tres variables.

#### **CATEGORÍAS:**

- Se establece si la Resolución concede la medida cautelar de anotación de demanda o de no innovar, secuestro o embargo u otra solicitada por el actor.
- Se establece si la Sentencia de Segunda Instancia declara Fundada o Infundada la demanda interpuesta por el actor.
- Se establece si la Sentencia de Primera Instancia declara Fundada o Infundada la demanda interpuesta por el actor.

**VALOR O DATO:**

- **(X)** Significa si la Resolución concede la medida cautelar de anotación de demanda o de no innovar, secuestro, embargos u otra solicitada por el actor.
- **(X)** Significa si la Sentencia de Segunda Instancia declara fundada o infundada la demanda interpuesta por el actor.
- **(X)** Significa si la Sentencia de Primera Instancia declara fundada o infundada la demanda interpuesta por el actor.

**CÓDIGOS:**

**PARA LA VARIABLE INDEPENDIENTE:**

- a. Se ha establecido como código **N.º 1** en la variable independiente para la Resolución concesoria de la medida cautelar de anotación de demanda solicitada por el actor.
- b. Se ha establecido como código **N.º 2** en la variable independiente para la Resolución concesoria de la medida cautelar de no innovar, secuestro o embargo u otra solicitada por el actor.

**PARA LA VARIABLE DEPENDIENTE:**

- a. Se ha establecido como código **N.º 1** en la variable dependiente para la sentencia de segunda instancia que declara Fundada la demanda interpuesta por el actor.
- b. Se ha establecido como código **N.º 2** en la variable dependiente para la sentencia de Segunda Instancia que declara Infundada la demanda interpuesta por el actor.

**PARA LA VARIABLE INTERFIRIENTE:**

- a. Se ha establecido como código **N.º 1** en la variable interfiriente para la sentencia de Primera Instancia que declara Fundada la demanda interpuesta por el actor.
- b. Se ha establecido como código **N.º 2** en la variable interfiriente para la sentencia de Primera Instancia que declara Infundada la demanda interpuesta por el actor.

- **En la Hipótesis Específica N.º 02:**

VARIABLES	INDICADOR	SISTEMA DE MEDICIÓN	CATEGORÍAS	VALOR O DATO	CÓDIGO
Independiente	Resolución Concesoria de la Medida Cautelar	Nominal	Anotación de Demanda, Embargos	X	1
			No Innovar, Secuestro u otra	X	2
Dependiente	Sentencia de Segunda Instancia	Nominal	Fundada	X	1
			Infundada	X	2



### **VARIABLES:**

- **VARIABLE INDEPENDIENTE:** Se ha establecido como variable independiente a la Resolución que concede la medida cautelar de anotación de demanda o embargo (en sus diversas clases) y otras como: No Innovar, Secuestro u otra solicitada por el actor.
- **VARIABLE DEPENDIENTE:** Se ha establecido como variable dependiente a la Sentencia de segunda instancia que ampara la demanda o la declara infundada.

### **INDICADORES:**

- **VARIABLE INDEPENDIENTE:** Auto (Concesorio de la Medida Cautelar).
- **VARIABLE DEPENDIENTE:** Sentencia (Segunda Instancia).

### **SISTEMA DE MEDICIÓN:**

- Nominal en ambas variables.

### **CATEGORÍAS:**

- Se establece si la Resolución concede la medida cautelar de anotación de demanda o de embargo (en sus diversas clases) y otras como: no innovar, secuestro u otra solicitada por el actor.
- Se establece si la Sentencia de Segunda Instancia declara Fundada o Infundada la demanda interpuesta por el actor.

### **VALOR O DATO:**

- **(X)** Significa si la Resolución concede la medida cautelar de anotación de demanda o embargo (en sus diversas clases) y otras como: no innovar, secuestro u otra solicitada por el actor.

- **(X)** Significa si la Sentencia de Segunda Instancia declara fundada o infundada la demanda interpuesta por el actor.

### **CÓDIGOS:**

#### **PARA LA VARIABLE INDEPENDIENTE:**

- a. Se ha establecido como código **N.º 1** en la variable independiente para la Resolución que concede la medida cautelar de anotación de demanda o embargo (en sus diversas clases) solicitada por el actor.
- b. Se ha establecido como código **N.º 2** en la variable independiente para la Resolución que concede la medida cautelar de no innovar, secuestro u otra solicitada por el actor.

#### **PARA LA VARIABLE DEPENDIENTE:**

- a. Se ha establecido como código **N.º 1** en la variable dependiente para la sentencia de segunda instancia que declara Fundada la demanda interpuesta por el actor.
- b. Se ha establecido como código **N.º 2** en la variable dependiente para la sentencia que declara Infundada la demanda interpuesta por el actor.

### **B. Formulación de las Hipótesis Operacionales**

- **Hipótesis Principal:**

Versa sobre la existencia de una relación directa entre los Autos concesorios de las Medidas Cautelares de: Anotación de Demanda, de No Innovar, Secuestro, Embargos (en sus diversas clases) con la última sentencia obtenida favorablemente para el demandante.

- **Hipótesis Específica N.º 01 (con 03 variables):**

Versa sobre la relación directa que existe entre el auto concesorio de la medida cautelar de Anotación de Demanda y otras como: No Innovar, Secuestro, Embargos, solicitadas en Primera Instancia y la Resolución Definitiva de Segunda Instancia o de la Corte Suprema que pone fin al proceso de manera definitiva amparando la pretensión contenida en la demanda. Sin embargo, esta relación se ve afectada cuando se expide sentencia en Primera Instancia desestimando la pretensión; en términos que se produce la cancelación de la medida cautelar de pleno derecho y con ello el instrumento que garantiza el resultado final del proceso.

- **Hipótesis Específica N.º 02:**

Versa sobre la relación directa que existe entre la resolución concesoria de la medida cautelar solicitada por el actor, como es la Anotación de Demanda, Embargos (en sus diversas clases) u otras como: No Innovar, Secuestro; y la última sentencia obtenida favorablemente para el actor.

### **3. LA CONTRASTACIÓN EMPÍRICA DE LAS HIPÓTESIS**

#### **3.1. LA DEFINICIÓN DEL UNIVERSO DE POBLACIÓN BAJO ESTUDIO (N) Y LA UNIDAD DE ANÁLISIS (S)**

El universo de estudio (**N**) está constituido por los **52** expedientes revisados, de los cuales solo han sido seleccionados **35** expedientes sobre nulidad de acto jurídico, obligación de dar suma de dinero y desalojo que contengan sus respectivos cuadernos cautelares.

La unidad de análisis (**S**) constituye cada elemento componente del universo de estudio (**N**), es decir cada uno de los expedientes seleccionados constituyen la unidad de análisis. Por ello, se ha aplicado el Método de Selección de la Muestra Simple en virtud de la información obtenida de los expedientes revisados y analizados.

No han sido tomados en cuenta los procesos de nulidad de acto jurídico, obligación de dar suma de dinero o de desalojo que no tengan cuadernos cautelares, ni tampoco aquellos en los que ha habido negligencia por parte del demandante y de su abogado en el impulso del proceso que da

como consecuencia la declaración judicial de abandono por estar paralizados en el órgano jurisdiccional durante 04 meses.

### **3.2. EL DISEÑO DE LA MUESTRA (N)**

#### **3.2.1. DEFINICIÓN DEL TIPO DE MUESTRA: SIMPLE AL AZAR**

- La muestra es la que se simboliza como “n” (ene minúscula). La teoría del muestreo se basa en un principio universal en la que para conocer el todo es suficiente conocer una parte. Debemos acotar que la muestra tiene que ser probalísticamente y estadísticamente significativa; en virtud del cual estas técnicas estadísticas nos permiten que el 95% de la muestra represente el universo. Para el caso específico, se está trabajando con la Muestra Simple al Azar, la cual parte del supuesto que el universo de población es homogéneo.

#### **3.2.2. CÁLCULO DEL TAMAÑO DE LA MUESTRA (USO DE LA FORMULA ESTADÍSTICA APROPIADA)**

El tamaño de una muestra simple al azar estadísticamente significativa para poblaciones finitas se determina con la siguiente fórmula estadística:

$$n = \frac{(Z)^2 (PQ * N)}{(E)(N-1) + (Z)^2 PQ}$$

**Donde:**

**Z** = Desviación estándar.

**E** = Error de Muestra.

**P** = Probabilidad de ocurrencia de los casos.

**Q** = 1-P

**N** = Universo de 52 expedientes de nulidad de acto jurídico, obligación de dar suma de dinero y desalojo con sus respectivos cuadernos cautelares.

**S** = Es cada unidad de expediente de nulidad de acto jurídico, obligación de dar suma de dinero y desalojo seleccionados.

Valores estadísticos constantes para determinar el tamaño de una muestra estadísticamente significativa:

$$Z = 1.96 \text{ (95\%)}$$

$$E = 0.05 \text{ (5\%)}$$

$$P = 0.5 \text{ (50\%)}$$

$$n = \frac{(Z)^2 (PQ * N)}{(E)(N-1) + (Z)^2 PQ}$$

Para efectos del cálculo del tamaño de nuestra muestra, considerando N = 95, tenemos lo siguiente:

$$n = \frac{(1.96)^2 (0.5 \times 0.5) 52}{(0.05) (52 - 1) + (1.96)^2 (0.5 \times 0.5)}$$

$$n = \frac{3.8416 (0.25 \times 52)}{0.0025 (51) + 3.8416 (0.25)}$$

$$n = \frac{3.8416 (13)}{0.1275 + 0.9604}$$

$$n = \frac{49.9408}{1.0879}$$

n = 45.90

n = 46

\* De un universo de 52 casos el Tamaño de la Muestra es de 46.

### 3.2.3. SELECCIÓN DE LA MUESTRA (USO DE LA TABLA DE LOS NÚMEROS ALEATORIOS)

Para efectos de seleccionar las unidades de análisis se establecieron las siguientes pautas:

- La tabla se ha utilizado de arriba hacia abajo y de izquierda a derecha.
- Se enumeraron correlativamente todas las fichas técnicas que contienen los datos pertinentes, para el estudio de los expedientes sobre procesos de nulidad de acto jurídico, ineficacia de acto jurídico, obligación de dar suma de dinero, desalojo, entre otros que contengan sus respectivos cuadernos cautelares.
- Se ha determinado el número de dígitos tomando en cuenta los dígitos del tamaño de la muestra, que en nuestro caso **N = 46; es decir 2 dígitos.**

A continuación, se presenta la siguiente Tabla de Números Aleatorios, utilizada para la Selección de la Muestra, las mismas que aparecen con negritas y subrayado:

#### \* TABLA DE MUESTRA SELECCIONADA EN ORDEN CORRELATIVO

<u>1</u>	<u>2</u>	<u>3</u>	<u>4</u>	<u>5</u>	<u>6</u>	<u>7</u>	<u>8</u>	<u>9</u>	<u>10</u>	<u>11</u>	<u>12</u>	<u>13</u>	<u>14</u>	<u>15</u>	16	<u>17</u>	18	<u>19</u>
<u>20</u>	<u>21</u>	22	<u>23</u>	<u>24</u>	<u>25</u>	<u>26</u>	27	28	<u>29</u>	<u>30</u>	<u>31</u>	<u>32</u>	<u>33</u>	<u>34</u>	<u>35</u>	<u>36</u>	<u>37</u>	
<u>38</u>	<u>39</u>	40	<u>41</u>	<u>42</u>	<u>43</u>	<u>44</u>	<u>45</u>	<u>46</u>	<u>47</u>	<u>48</u>	<u>49</u>	<u>50</u>	<u>51</u>	<u>52</u>				

- De un universo de 52 casos, la Selección de la Muestra arroja la cantidad de 46 unidades de análisis.

- Asimismo, es preciso señalar que de las **52** unidades de análisis, **06** unidades “**no son aplicables**”.

### **3.3. LA RECOLECCIÓN DE LOS DATOS**

Para la selección de la información se han revisado las demandas judiciales sobre pretensiones principales que versan sobre nulidad de acto jurídico, ineficacia de acto jurídico, obligación de dar suma de dinero o desalojo con sus respectivos cuadernos cautelares, así como las resoluciones judiciales que conceden la medida cautelar solicitada por el actor; en el primer caso con sentencias fundadas o infundadas de segunda instancia y en el segundo caso con los Autos concesorios de la medida cautelar solicitada por el actor, ya sea en Primera o Segunda Instancia.

#### **3.3.1. DESCRIPCIÓN DE LA FUENTE DE DATOS PARA CADA VARIABLE DE LAS HIPÓTESIS**

- Para la **VARIABLE INDEPENDIENTE** de la Hipótesis Principal y Específicas se han utilizado las resoluciones (autos) que conceden la medida cautelar, ya sea una medida cautelar de anotación de demanda, embargo (en sus diversas clases), secuestro, no innovar u otra medida solicitada por el actor.
- Para la **VARIABLE DEPENDIENTE** de la Hipótesis Principal y las Hipótesis Específicas se ha tenido como fuente de información a la sentencia de Segunda Instancia que declara Fundada o Infundada la demanda interpuesta por el actor, sean demandas de Nulidad de Acto Jurídico, Ineficacia de Acto Jurídico, Obligación de Dar suma de Dinero y Desalojo con sus respectivos cuadernos cautelares.
- Para la **VARIABLE INTERFIRIENTE** de la Hipótesis Específica N.º 01 se ha tenido como fuente de información a la sentencia de Primera Instancia que desestima la demanda interpuesta por el actor, sean demandas de Nulidad de Acto Jurídico, Ineficacia de Acto Jurídico, Obligación de Dar suma de Dinero y Desalojo con sus respectivos cuadernos cautelares.

### **3.3.2. ELABORACIÓN DEL INSTRUMENTO DE LA RECOLECCIÓN DE DATOS**

Se diseñó una Ficha Técnica (Tipo Formato) con la finalidad de recoger los datos necesarios de cada unidad de análisis seleccionada cuyo detalle es el siguiente:

- Nro. de Expediente.
- Juzgado al que pertenece.
- Tipo de Pretensión: Nulidad de Acto Jurídico, Ineficacia de Acto Jurídico, Obligación de Dar Suma de Dinero, Desalojo y otros.
- Fecha de inicio del proceso.
- Sentencia de Primera Instancia (Infundada, Improcedente o Fundada).
- Sentencia de Segunda Instancia (Fundada o Infundada).
- Indicar si se solicitó Medida Cautelar de Anotación de Demanda u otra.
- Fecha del Auto que concede la Medida Cautelar solicitada.
- Fecha de la Resolución que deja sin efecto la Medida Cautelar solicitada.
- Indicar si se solicita otro tipo de medida cautelar en base a la Sentencia de Segunda Instancia.
- Indicar si existe conclusión anticipada del proceso (abandono, transacción, conciliación, desistimiento u otra forma).

Seguidamente una vez llenadas las fichas técnicas y seleccionadas las unidades de análisis se procedió a llenar la Matriz para el respectivo estudio de las variables (Independiente y Dependiente).

### **3.3.3. DESCRIPCIÓN DE LA ORGANIZACIÓN Y EJECUCIÓN DEL TRABAJO DE CAMPO**

Este trabajo de investigación estuvo fundamentalmente orientado a establecer cuáles son las situaciones de hecho que se presentan en la realidad respecto al problema planteado. Por ello, se ha utilizado la técnica de revisión de expedientes sobre procesos de nulidad de acto jurídico, ineficacia de acto jurídico, obligación de dar suma de dinero, desalojo que contengan sus respectivos cuadernos cautelares, utilizando como instrumento las fichas técnicas que contienen las preguntas pertinentes al caso específico.



La organización del presente trabajo de investigación; es decir, la preparación para la ejecución de las fichas técnicas, se ha realizado de la siguiente manera:

- En primer término se cursó un oficio al Jefe del Archivo General de la Corte Superior de Justicia de Lima, a fin de solicitarle se nos autorice revisar expedientes que versen sobre nulidad de acto jurídico u obligación de dar suma de dinero, que tengan cuadernos cautelares.
- Para proceder a la recopilación de datos que contenían los expedientes de nulidad de acto jurídico u obligación de dar suma de dinero con sus respectivos cuadernos cautelares, se elaboraron fichas técnicas preestablecidas (tipo formato) que nos ayudaron a recopilar la información requerida para el desarrollo de este trabajo de investigación.
- Se ha revisado aproximadamente 100 Expedientes para obtener la información descrita anteriormente, de los cuales sólo se obtuvo la información requerida en 52 expedientes, los mismos que provienen de los siguientes Juzgados:
  - 2º Juzgado Civil de Lima. 1995.
  - 3º Juzgado Civil de Lima. 1997.
  - 5º Juzgado Civil de Lima. 1997.
  - 7º Juzgado Civil de Lima. 1996.
  - 8º Juzgado Civil de Lima. 1996.
  - 10º Juzgado Civil de Lima. 1995.
  - 11º Juzgado Civil de Lima. 1999.
  - 15º Juzgado Civil de Lima. 1996.
  - 16º Juzgado Civil de Lima. 1996.
  - 17º Juzgado Civil de Lima. 1997.
  - 19º Juzgado Civil de Lima. 1995-1999.
  - 20º Juzgado Civil de Lima. 1997.
  - 21º Juzgado Civil de Lima. 1996-1999.
  - 24º Juzgado Civil de Lima. 1995.
  - 25º Juzgado Civil de Lima. 1994.

- 47° Juzgado Civil de Lima. 1998.
- 49° Juzgado Civil de Lima. 1999.
- 50° Juzgado Civil de Lima. 1999.
- 51° Juzgado Civil de Lima. 2002.
- 55° Juzgado Civil de Lima. 1999.
- 57° Juzgado Civil de Lima. 1998.
- 58° Juzgado Civil de Lima. 1998.

**Nota:** Los Juzgados de los que más información se ha podido obtener, han sido específicamente los dos Juzgados Civiles de Lima resaltados anteriormente; vale decir, el 19° y 21° Juzgado Civil de Lima.

#### **3.3.4. FORMAS DE CONTROL DE CALIDAD DE LA INFORMACIÓN RECOLECTADA**

Se hizo un control aleatorio de los expedientes revisados en el Archivo General de la Corte Superior de Lima, en virtud del cual se tuvo que hacer un seguimiento a un mínimo de 20 expedientes para verificar que los datos consignados en la información obtenida sean reales y de esa manera confirmar que los mismos no contrastan con la realidad.

#### **3.4. ELABORACIÓN DE LA MATRIZ DE DATOS (DATOS REALES)**

Para tal efecto, se procesaron las 52 unidades de análisis y las variables independientes, tanto de la Hipótesis Principal como de las Específicas 1 y 2 así como también, las variables dependientes de la Hipótesis Principal y de las Hipótesis Específicas 1 y 2, respectivamente. De igual manera, se ha procesado la información requerida para la Variable Interferente de la Hipótesis Específica N.º 01.

**MATRIZ DE DATOS CON UNIVERSO DE DOS CIFRAS (52 CASOS)**

Vs. N			V.I			V.D.	V.I.H.E.1
			H.P	H.E.1	H.E.2		H.E.1.1
s	1		2	1	1	2	2
s	2		2	2	2	2	2
s	3		1	2	2	1	2
s	4		1	1	1	1	2
s	5		1	1	1	1	2
s	6		2	1	1	2	2
s	7		1	1	1	1	2
s	8		1	1	1	1	2
s	9		1	2	1	1	1
s	10		1	2	2	1	2
s	11		2	2	1	2	1
s	12		2	1	1	2	2
s	13		2	1	1	2	2
s	14		2	2	2	2	2
s	15		2	2	2	2	2
s	16	<b>NO</b>		<b>SE</b>		<b>APLICA</b>	
s	17		2	2	2	2	2
s	18	<b>NO</b>		<b>SE</b>		<b>APLICA</b>	
s	19		2	1	1	2	2
s	20		2	1	1	2	2
s	21		1	1	1	1	2
s	22	<b>NO</b>		<b>SE</b>		<b>APLICA</b>	
s	23		1	2	2	2	2
s	24		1	2	1	2	1
s	25		1	1	1	2	2

s	26		1	1	1	2	2
s	27	<b>NO</b>		<b>SE</b>		<b>APLICA</b>	
s	28	<b>NO</b>		<b>SE</b>		<b>APLICA</b>	
s	29		1	2	1	2	2
s	30		1	2	1	1	1
s	31		1	1	1	2	2
s	32		1	1	1	2	2
s	33		1	2	1	1	1
s	34		1	1	1	1	2
s	35		1	2	2	1	1
s	36		1	1	1	2	2
s	37		1	1	1	2	2
s	38		1	1	1	2	2
s	39		1	1	1	2	2
s	40	<b>NO</b>		<b>SE</b>		<b>APLICA</b>	
s	41		1	1	1	2	2
s	42		1	1	1	2	2
s	43		1	1	1	2	2
s	44		1	1	1	1	1
s	45		1	1	1	1	1
s	46		1	1	1	2	2
s	47		1	2	1	1	1
s	48		1	1	1	1	1
s	49		1	2	1	1	2
s	50		1	1	1	1	1
s	51		1	1	1	2	2
s	52		1	2	1	2	2

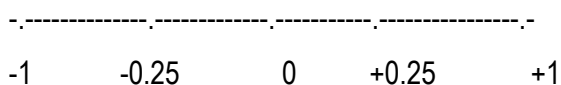
### 3.5. SELECCIÓN DE LA TÉCNICA ESTADÍSTICA PARA EL ANÁLISIS DE LOS DATOS DE ACUERDO A LAS HIPÓTESIS: COEFICIENTE DE CORRELACIÓN ESTADÍSTICA

En este caso, se ha aplicado el tipo de análisis estadístico Coeficiente de Correlación de la Muestra Estadística Simple al Azar, la cual es una técnica que permite medir la relación entre las variables. Es una medida que nos da información si las variables van asociadas o no empíricamente, pues es concordante con la teoría de las variables.

Tiene como presupuesto que la realidad es un sistema de variables que se puede abstraer en una matriz de datos y descubrir la relación entre ellas.

El coeficiente de correlación es una escala de medición que va de -1 a +1:

- Cuando este coeficiente es cercano a +1 ó +1 las variables van amarradas una a otra.
- Si el coeficiente de correlación es cercano a -1 ó -1 significa que la relación es inversa, una aumenta y la otra disminuye.
- Si el coeficiente de correlación es 0 o cercano a 0 no existe relación empírica con ambas variables:



### 3.6. EJECUCIÓN DEL ANÁLISIS ESTADÍSTICO PARA LA CONTRASTACIÓN EMPÍRICA DE LAS HIPÓTESIS: OBTENCIÓN DE LOS COEFICIENTES DE CORRELACIÓN PARA CADA HIPÓTESIS.

La fórmula que se ha utilizado para hallar el coeficiente de correlación es:

$$r = \frac{a - b}{a + b}$$

En la ejecución del análisis estadístico se han tenido presente las siguientes pautas:

- Se ha tenido que identificar a las variables: Independiente y Dependientes.
- Se diseñó la relación entre ellas, en base al eje de las abscisas y ordenadas (X, Y).
- Se tuvieron que determinar las cifras absolutas en cada casillero.
- Para determinar los porcentajes de cada casillero, se tomó como base el total de casos de cada categoría de la variable independiente.
- Se identificó el casillero a y b. Donde el casillero “a” es en el que se verificó la hipótesis y el casillero “b” es su adyacente.
- Por último, el coeficiente de correlación se calculó con los porcentajes.

En ese orden de pautas y de acuerdo a la matriz de datos, tuvimos que hallar las correlaciones en cada una de las hipótesis:

#### **A. LA HIPÓTESIS PRINCIPAL:**

La hipótesis Principal **sí se ha cumplido**, pues el resultado es **+ 1**; eso quiere decir que es mayor a + 0.25. Por consiguiente, **existe relación directa entre las variables**.

CUADRO ESTADÍSTICO DE LA HIPÓTESIS PRINCIPAL (RELACIÓN ENTRE LAS VARIABLES)

		V.I		
V.D.	1	<div>a</div> <div>( 1 – 1 )</div> <div>18</div>	<div>b</div> <div>( 2 – 1 )</div> <div>0</div>	= 18
	2	<div>( 1 – 2 )</div> <div>17</div>	<div>( 2 – 2 )</div> <div>11</div>	=28
		35	+	11
				= 46

## ANÁLISIS DE LA HIPÓTESIS PRINCIPAL

		V. I.		
		1	2	
V.D.	1	<b>a</b> <b>18 (51%)</b>	<b>b</b> <b>0 (0%)</b>	<b>= 18</b>
	2	<b>17 (48%)</b>	<b>11 (1%)</b>	<b>= 28</b>
		<b>35</b>	<b>11</b>	<b>= 46</b>

## DETERMINACIÓN DEL COEFICIENTE DE RELACIÓN DE LA HIPÓTESIS PRINCIPAL

$$r = \frac{a - b}{a + b}$$

$$r = \frac{51 - 0}{51 + 0}$$

$$r = \frac{1}{1}$$



$$r = 1$$

### INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS PRINCIPAL

$$r = 1$$

#### EL COEFICIENTE DE CORRELACIÓN:

En este caso, el resultado de la Hipótesis Principal es positivo **+ 1**, pues es mayor a + 0.25, lo cual significa que existe relación directa entre las variables.

(Ver Gráfico de la Hipótesis Principal)



#### B. LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA N.º 01:

La Hipótesis Específica N.º 01 no se cumplió, pues el resultado es **- 0.16**, eso quiere decir que el resultado es menor a - 0.25, con lo cual se establece que no hay relación directa ni inversa entre las variables.

**CUADRO ESTADÍSTICO DE LA HIPÓTESIS JURÍDICA ESPECÍFICA N.º 01**

		<b>V. I</b>		
<b>V.D.</b>		<b>a</b> <b>( 1 – 1 )</b>  <b>10</b>	<b>b</b> <b>( 2 – 1 )</b>  <b>08</b>	<b>= 18</b>
		<b>( 1 – 2 )</b>  <b>19</b>	<b>( 2 – 2 )</b>  <b>09</b>	<b>=28</b>
		<b>29</b>	<b>+</b>	<b>17 = 46</b>

**ANÁLISIS DE LAS HIPÓTESIS JURÍDICA ESPECÍFICA N.º 01**

		<b>V. I.</b>		
		<b>1</b>	<b>2</b>	
<b>V.D.</b>	<b>1</b>	<b>a</b> <b>10 (34%)</b>	<b>b</b> <b>08 (47%)</b>	<b>= 18</b>
	<b>2</b>	<b>19 (66%)</b>	<b>09 (53%)</b>	<b>= 28</b>
		<b>29</b>	<b>+</b>	<b>17 = 46</b>

## DETERMINACIÓN DEL COEFICIENTE DE RELACIÓN DE LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA N.º 01

$$r = \frac{a - b}{a + b}$$

$$r = \frac{34 - 47}{34 + 47}$$

$$r = \frac{-13}{81}$$

$$r = -0.16$$

## INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA N.º 01

$$r = -0.16$$

### EL COEFICIENTE DE CORRELACIÓN:

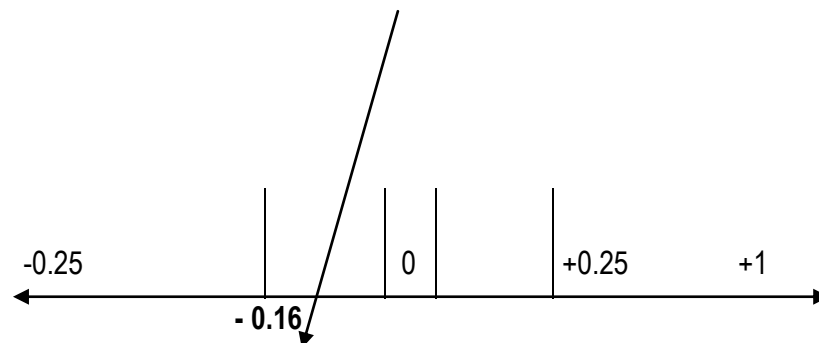
El resultado de la Hipótesis Específica N.º 01 es negativo (- 0.16); es decir, menor a – 0.25, lo que quiere decir que no hay relación directa ni inversa entre las variables.

(Ver Gráfico de la Hipótesis Específica Nro.1)

INVERSA

NO HAY RELACION

DIRECTA



### B.1. LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA N.º 01 CON VARIABLE INTERFIRIENTE:

#### B.1.1. LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA N.º 01 CON VARIABLE INTERFIRIENTE (1):

La Hipótesis Específica N.º 01 con Variable Interfiriente (1) no se cumplió, pues el resultado si bien es + 0.17, sin embargo este resultado es menor a + 0.25, con lo cual se establece que no hay relación directa ni inversa entre las variables.

### CUADRO ESTADÍSTICO DE LA HIPÓTESIS JURÍDICA ESPECÍFICA N.º 01 CON VARIABLE INTERFIRIENTE (1)

Variable Interfiriente (1)

		V.I		
V.D.	a (1-1) 04	b (2-1) 05	=09	
	(1-2) 00	(2-2) 02	=02	
04		+	07	= 11

## ANÁLISIS DE LAS HIPÓTESIS ESPECÍFICA N.º 1 CON VARIABLE INTERFIRIENTE (1)

		V. I.		
		1	2	
V.D.	1	a 04 (100%)	b 05 (71%)	= 09
	2	00 (00%)	02 (29%)	= 02
		04	+	07 =11

### DETERMINACIÓN DEL COEFICIENTE DE RELACIÓN DE LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA N.º 01 CON VARIABLE INTERFIRIENTE (1)

$$r = \frac{a - b}{a + b}$$

$$r = \frac{100 - 71}{100 + 71}$$

$$= \frac{29}{171}$$

$r = 0.17$
------------

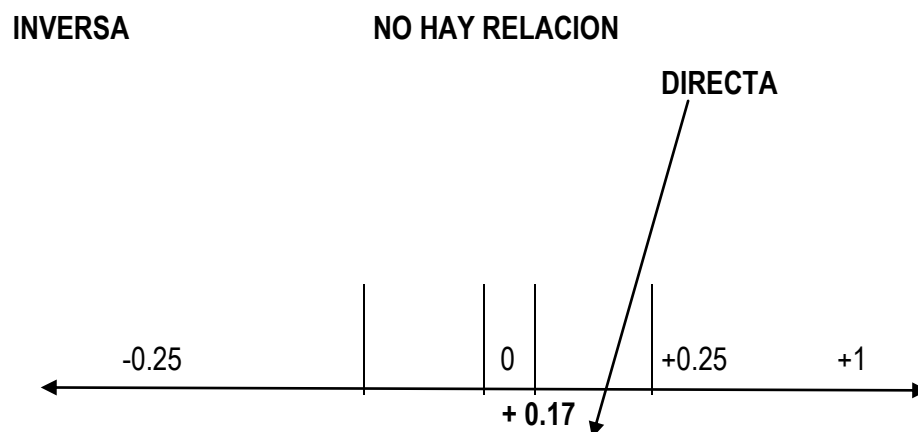
### INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA N.º 01 CON VARIABLE INTERFIRIENTE (1)

$r$	$=$	$0.17$
-----	-----	--------

### EL COEFICIENTE DE CORRELACIÓN:

El resultado de la Hipótesis Específica N.º 01 con Variable Interfiriente (1) es positivo, pues el resultado es  $+0.17$ , sin embargo este resultado es menor a  $+0.25$ , con lo cual se establece que no hay relación directa ni inversa entre las variables.

(Ver Gráfico de la Hipótesis Específica N.º 01)



### B.1.2. LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA N.º 01 CON VARIABLE INTERFIRIENTE (2):

La Hipótesis Específica N.º 01 con Variable Interfiriente (2) no se cumplió, pues el resultado es  $+0.14$ ; sin embargo el resultado obtenido es menor a  $+0.25$ , con lo cual se establece que no hay relación directa ni inversa entre las variables.

**CUADRO ESTADÍSTICO DE LA HIPÓTESIS JURÍDICA ESPECÍFICA N.º 01 CON VARIABLE INTERFIRIENTE (2)**

**Variable Interfiriente (2)**

		V. I		
V.D.	1	<b>a</b> <b>( 1 – 1 )</b>  <b>06</b>	<b>b</b> <b>( 2 – 1 )</b>  <b>03</b>	<b>=09</b>
	2	<b>( 1 – 2 )</b>  <b>19</b>	<b>( 2 – 2 )</b>  <b>07</b>	<b>=26</b>
		<b>25</b>	<b>+</b> <b>10</b>	<b>= 35</b>

**ANÁLISIS DE LAS HIPÓTESIS ESPECÍFICA N.º 1 CON VARIABLE INTERFIRIENTE (2)**

**Variable Interfiriente (2)**

		V. I.		
V.D.		1	2	
	1	<b>a</b>  <b>06 (40%)</b>	<b>b</b>  <b>03 (30%)</b>	<b>= 09</b>
	2	<b>09 (60%)</b>	<b>07 (70%)</b>	<b>= 16</b>
		<b>15</b>	<b>+</b> <b>10</b>	<b>=25</b>

**DETERMINACIÓN DEL COEFICIENTE DE RELACIÓN DE LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA N.º 01  
CON VARIABLE INTERFIRIENTE (2)**

$$r = \frac{a - b}{a + b}$$

$$r = \frac{40 - 30}{40 + 30}$$

$$r = \frac{10}{70}$$

$$R = 0.14$$

**INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA N.º 01 CON  
VARIABLE INTERFIRIENTE (2)**

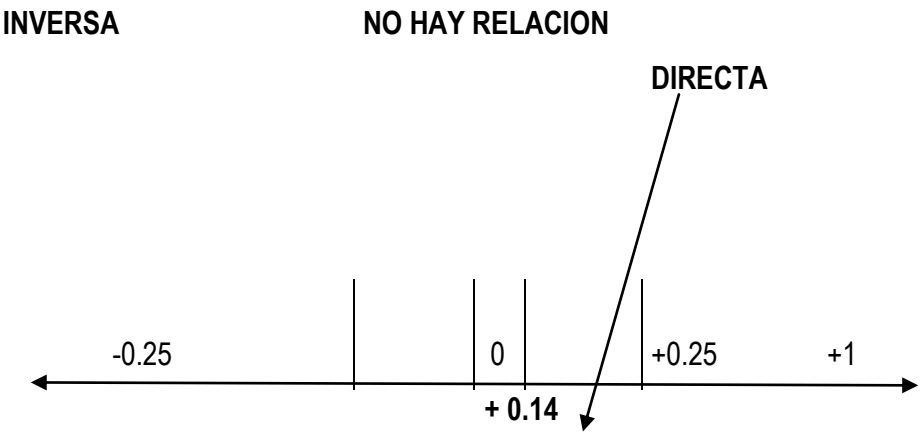
$$r = 0.14$$

**EL COEFICIENTE DE CORRELACIÓN:**

El resultado de la Hipótesis Específica N.º 01 con Variable Interfiriente (2) es positivo, pues el resultado es + **0.14**, sin embargo dicho resultado es menor a + 0.25, con lo cual se establece que no hay relación directa ni inversa entre las variables.



(Ver Gráfico de la Hipótesis Específica Nro.1)



**B. LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA N.º 02:**

La hipótesis específica N.º 02 no se cumplió, pues el resultado es positivo **+ 0.02**; sin embargo este resultado es menor a + 0.25, con lo cual se establece que no hay relación directa ni inversa entre las variables.

**ELABORACIÓN DEL CUADRO ESTADÍSTICO DE LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA N.º 2**

V. I		
V.D.	<div>a</div> <div>( 1 – 1 )</div> <div>15</div>	<div>b</div> <div>( 2 – 1 )</div> <div>03</div> <div>=18</div>
	<div>( 1 – 2 )</div> <div>23</div>	<div>( 2 – 2 )</div> <div>05</div> <div>=28</div>
	38	
	+ 08	=46

## ANÁLISIS DE LA HIPÓTESIS JURÍDICA ESPECÍFICA Nro. 2

		V. I.		
		1	2	
V.D.	1	a 15 (39%)	b 03 (37%)	= 18
	2	23 (61%)	05 (63%)	= 28
		38	+ 08	= 46

## DETERMINACIÓN DEL COEFICIENTE DE RELACIÓN DE LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA Nro.2

$$r = \frac{a - b}{a + b}$$

$$r = \frac{39 - 37}{39 + 37}$$

$$r = \frac{2}{76}$$

$$= 0.02$$

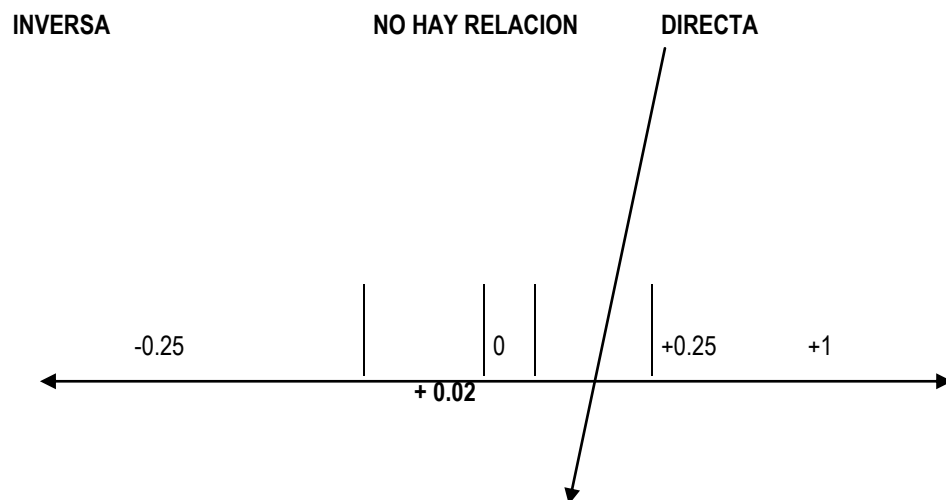
#### INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA N.º 2

$r$	$=$	$0.02$
-----	-----	--------

#### EL COEFICIENTE DE CORRELACIÓN:

En este caso, el resultado de la Hipótesis Específica N.º 2 es positivo **+ 0.02**, pero menor a + 0.25, lo cual significa que **no existe relación directa ni inversa entre las variables.**

(Ver Gráfico de la Hipótesis Específica Nro.2)



## 4. RESULTADOS

### 4.1. CONCLUSIONES

- La Hipótesis Principal es directa, pues el resultado es **+ 1** y mayor a + 0.25, con lo cual se establece que **sí existe relación directa entre las variables** (Dependiente e Independiente).

- La Hipótesis Específica N.º 01 no es directa ni inversa, pues el resultado es - **0.16**, eso quiere decir que el resultado es menor a - 0.25, con lo cual se establece que **no hay relación directa ni inversa entre las variables** (Dependiente e Independiente).
- La Hipótesis Específica N.º 01 con Variable Interfiriente (1) no se cumplió, pues el resultado es + **0.17**, eso quiere decir que el resultado es menor a + 0.25, con lo cual se establece que **no hay relación directa ni inversa entre las variables** (Dependiente e Independiente).
- La Hipótesis Específica N.º 02 con Variable Interfiriente (2) no se cumple, pues el resultado es + **0.14**, eso quiere decir que el resultado es menor a + 0.25, con lo cual se establece que **no hay relación directa ni inversa entre las variables** (Dependiente e Independiente).
- La Hipótesis Específica N.º 02 no se cumple, pues el resultado es + **0.02**; eso quiere decir que es menor a + 0.25, con lo cual se establece que **no hay relación directa ni inversa entre las variables** (Dependiente e Independiente).

#### 4.2. INTERPRETACIONES

- **EN EL PRIMER CASO:** Teniendo en cuenta que la Hipótesis Principal sí se cumple e interpretando jurídicamente los resultados de la contrastación empírica de dicha Hipótesis, podemos afirmar que en los Procesos de Nulidad de Acto Jurídico, Ineficacia de Acto Jurídico, Obligación de Dar Suma de Dinero u otros que contengan cuadernos cautelares, terminan con sentencia estimatoria o desestimatoria (sentencia de primera o segunda instancia); asimismo, la medida cautelar solicitada por el actor, en su mayoría, es concedida por el juzgador (a través de un auto concesorio). De modo tal que, se acredita la necesidad de flexibilizar nuestro ordenamiento jurídico procesal con respecto a la cancelación de la medida cautelar solicitada por el actor, cuando se obtiene sentencia desestimatoria en primera instancia; toda vez que, puede presentarse el caso en que, habiéndose obtenido sentencia desestimatoria en primera instancia y habiendo sido ésta revocada en segunda instancia, el bien que ha sido objeto de la medida cautelar trabada haya pasado a manos de

un tercero, quien lo adquiere de buena fe y a título gratuito u oneroso; perjudicando de esta manera al actor que ha obtenido sentencia revocatoria recién en segunda instancia o ante la Corte Suprema; en términos que la medida cautelar solicitada debe permanecer hasta que culmine el proceso y no la instancia. En este sentido, lo más conveniente es cancelar la medida cautelar cuando el proceso haya fenecido, a efectos de salvaguardar el derecho del actor y cumplir con la finalidad que persigue toda medida cautelar “asegurar la eficacia de la decisión a recaer en el proceso” o desregularlo y dejarlo a criterio del juzgador su permanencia o no.

- **EN EL SEGUNDO CASO:** Teniendo en cuenta que la Hipótesis Específica N.º 1 no se cumple e interpretando jurídicamente los resultados de la contrastación empírica de tal hipótesis, podemos manifestar que la medida cautelar de anotación de demanda o de no innovar, secuestro, embargos u otra medida solicitada en Primera Instancia son concedidas por el juzgador, independientemente si la sentencia es estimada o desestimada en Primera Instancia. En tal sentido, consideramos que cuando se demanda la Nulidad de un Acto Jurídico, la Ineficacia de Acto Jurídico, Obligación de Dar Suma de Dinero u otros en los que se haya solicitado una medida cautelar, como las ya mencionadas, a fin de asegurar la eficacia de la decisión final a recaer en el proceso; estas medidas deben mantenerse hasta que concluya el proceso, toda vez que, lo que se quiere es asegurar el proceso y no la instancia en sí; por lo que, resulta contradictorio cancelar de pleno derecho la medida cautelar solicitada cuando el actor obtenga sentencia desestimatoria en primera instancia; no obstante, de que ésta pueda ser revocada en segunda instancia. Por lo tanto, en este caso también es conveniente flexibilizar la regulación propuesta por nuestro ordenamiento procesal. Sin embargo, con relación a la Variable Interferente plasmada en esta Hipótesis, se ha podido observar que la relación directa entre las Variables (Dependiente e Independiente) varía cuando se ha obtenido sentencia desestimatoria en Primera Instancia respecto a la pretensión procesal, lo cual origina de pleno derecho, de manera directa y automática la cancelación de la medida cautelar sin que medie resolución judicial alguna que así lo declare.
- **EN EL TERCER CASO:** Teniendo en cuenta que la Hipótesis Específica N.º 2 no se cumple e interpretando jurídicamente los resultados de la contrastación empírica de esta Hipótesis, podemos afirmar que en la mayoría de procesos en los que existe de por medio

bienes, son admitidas las medidas cautelares solicitadas por el actor como: anotación de demanda, embargos o de no innovar, secuestro u otra medida con la que se pretenda asegurar la eficacia de la decisión final a recaer en el proceso; independientemente si la demanda resulta estimatoria o desestimatoria en las instancias respectivas (Primera o Segunda Instancia). De tal manera que, resultaba necesario flexibilizar lo previsto en el Artículo 630 del Código Procesal Civil; en términos que debe mantenerse la medida cautelar solicitada hasta que el proceso concluya, pues con ello se estaría cumpliendo con la finalidad primordial de toda medida cautelar “asegurar la eficacia de la decisión final a recaer en el proceso”. En este sentido, considero igualmente como en el caso de la Hipótesis Principal e Hipótesis Específica N.º 01 y 02, que debía modificarse la exigencia de cancelar la medida cautelar de pleno derecho cuando se haya obtenido sentencia desestimatoria en primera instancia, por los fundamentos ya expuestos anteriormente y más bien, se establezca la cancelación de la medida cautelar cuando el proceso haya concluido.

#### 4.3. EXPLICACIONES

Para comenzar, es muy importante recordar que el fin primordial de toda medida cautelar es ***“asegurar y/o garantizar el resultado de la sentencia que debe recaer en un proceso determinado”***, para que la justicia no sea burlada, haciendo imposible su cumplimiento.

De tal manera que, es pertinente tener en cuenta dicha finalidad, pues ésta conecta directamente la actividad cautelar con la posibilidad concreta de poder cumplir eventualmente el mandato judicial emanado de la sentencia, ya que de esta forma no sólo se va a proteger el interés privado de las partes, sino también se tiende a garantizar la eficacia y seguridad de la actividad jurisdiccional.

Por ello, al analizar el **Artículo 630 del Código Procesal Civil** se ha podido observar que el citado artículo establecía de manera inadecuada y sin tener en cuenta la realidad jurídica. Por ello, la actual regulación señala lo siguiente: ***“Si la sentencia en primera instancia desestima la demanda, la medida cautelar queda cancelada de pleno derecho, aunque aquella hubiere sido impugnada. Sin embargo a pedido del solicitante el Juez podrá mantener la vigencia de la medida hasta su revisión por la instancia superior, siempre que se ofrezca***

**contracautela de naturaleza real o fianza solidaria**", cumpliéndose de esta manera con la finalidad que persigue la medida cautelar, por cuanto se cancelaba de pleno derecho en el caso que se obtenía sentencia desfavorable en primera instancia, lo cual originaba que cuando se traten de derechos inscritos, se levanten las medidas cautelares y el demandado, en un proceso de nulidad de acto jurídico, **por ejemplo**, pueda transferir la propiedad a un tercero, quien adquiere el bien de "buena fe" y a título oneroso.

Entonces, siendo ello así, no debemos confundir las etapas y los estados del proceso judicial, pues, mientras se debate la certeza del derecho; es decir, cuando estamos en una etapa de incertidumbre, la medida cautelar es la destinada a asegurar que la sentencia sea eficaz, protegiendo de esa manera a las personas o a los bienes relacionados con el derecho discutido; y, cuando estamos en una etapa de certeza son las medidas ejecutivas las destinadas a satisfacer el derecho reconocido en la sentencia firme.

## **5. RELACIÓN ENTRE LOS RESULTADOS Y LA PRIMERA PARTE DEL DESARROLLO DE LA TESIS**

Después de haber obtenido los resultados empíricos en esta Segunda Parte del Proyecto de Investigación, como sabemos, el término *medida* significa *prevención, disposición*; a su vez, *prevención* equivale al conjunto de precauciones tomadas para evitar un riesgo. En el campo jurídico, las *medidas cautelares* son aquellas que el legislador ha dictado *con el objeto de que la parte vencedora no quede burlada en su derecho*.

Continuando, puedo establecer que existen diversos puntos de vista respecto al tema propuesto en el presente Proyecto de Investigación. Así, tenemos que para **Monroy Palacios**, la medida cautelar es *"... aquel instituto procesal a través del cual el órgano jurisdiccional, a petición de parte, adelanta ciertos efectos o todos de un fallo definitivo o el aseguramiento de una prueba, al admitir la existencia de una apariencia de derecho y el peligro que puede significar la demora producida por la espera del **fallo definitivo** o la actuación de una prueba..."*.

Por ello, se ha venido sosteniendo por innumerables tratadistas que, *las medidas cautelares surgen ante la insuficiencia del órgano jurisdiccional de garantizar que la sentencia que ampara la*

*pretensión planteada en un proceso, sea satisfecha; ello por el inevitable transcurso del tiempo necesario para llevar a cabo los actos procesales que garanticen un debido proceso para las partes y, además, porque no sólo se trata del tiempo previsto por la norma para la realización de todos y cada uno de los actos que conforman el proceso.*

Al revisar la legislación comparada, el **Artículo 721 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil de España** señala que: “Se adoptarán todas las medidas que se consideren necesarias para asegurar *la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare*”.

Por su parte, la **Jurisprudencia Argentina** ha establecido que “*las medidas cautelares son actos procesales que se adoptan antes de deducida la demanda o después de ella para asegurar bienes o mantener situaciones de hecho existentes al tiempo de aquella y con el objeto de preservar el cumplimiento de la sentencia, que, en definitiva recaiga al final del proceso*”.

En este orden de ideas, la medida cautelar denominada también “**preventiva**” o “**precautoria**”, es aquella institución procesal mediante la cual el órgano jurisdiccional, a instancia de parte, asegura la eficacia o el cumplimiento de la sentencia a dictarse en el proceso que dirige, anticipando todos o determinados efectos del fallo, en razón de existir verosimilitud en el derecho invocado y peligro en que la demora en la sustanciación de la litis traiga como consecuencia que la decisión judicial no pueda reintegrar a la parte vencedora en el juicio la totalidad de su derecho.

En resumen, podemos decir que las medidas cautelares aparecen como los medios jurídico-procesales que tienen por función evitar que se realicen actos que impiden o dificulten la efectividad de la satisfacción de la pretensión, y esa función se lleva a cabo mediante una incidencia en la esfera jurídica del demandado, adecuada y suficiente para producir ese efecto.

Vemos así que en nuestro país, el **Artículo 608** del Código Procesal Civil establece que “*todo Juez puede, a pedido de parte, dictar medida cautelar antes de iniciado un proceso o dentro de éste, destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva*”.



Considero que es rasgo consustancial de toda medida cautelar ***su carácter instrumental***; esto quiere decir que constituye un instrumento para garantizar que una decisión definitiva despliegue plenamente sus efectos materiales y jurídicos; y es en relación al derecho sustancial, una tutela mediata.

Por ello, el **Artículo 630 del Código Procesal Civil en la forma en que estaba regulado, impedía la materialización de la función instrumental que toda medida cautelar debía cumplir, toda vez, que establece el levantamiento de pleno derecho de la medida cuando se ha pronunciado, en primera instancia, una sentencia que declara infundada la demanda.**

Lo mencionado se ha podido corroborar al analizar los 52 expedientes obtenidos de los Juzgados Especializados en lo Civil de Lima; toda vez, que se ha podido apreciar que quienes solicitan una medida cautelar, ésta es concedida satisfactoriamente. Sin embargo, cuando el actor obtiene sentencia desestimatoria en primera instancia, esta era cancelada de pleno derecho, optando en algunos casos la parte perjudicada en abandonar el proceso.

En definitiva, considero que esta regulación legal venía generando serios inconvenientes en su aplicación, por cuanto suscita la extinción de la garantía que tiene el acreedor para obtener el pago de su acreencia; pues solía ocurrir que cuando el resultado es adverso para el demandado en la instancia revisora, esta parte ya había dispuesto de los bienes que fueron materia de la garantía causando con ello grave perjuicio al derecho del acreedor, por lo que se hacía necesario que la tutela cautelar se mantuviera siempre no se produzca una decisión definitiva.

Es preciso señalar que conforme al **artículo 630** de nuestro Código Procesal Civil necesitaba ser modificado, como también el último párrafo del **artículo 636** que recientemente fue modificado por el Decreto Legislativo N° 1070 del 28 de Junio del 2008, “(...) **Si no se interpone la demanda oportunamente, o esta es rechazada liminarmente, o no se acude al centro de conciliación en el plazo indicado, la medida cautelar caduca de pleno derecho. Dispuesta la admisión de la demanda por revocatoria del superior, la medida cautelar requiere nueva tramitación”.**

En este texto normativo la caducidad no es aplicable a todos los supuestos, porque el término común apropiado sería el de cancelación o alzamiento, dado que cuando la demanda es

rechazada liminarmente no estamos ante un supuesto de caducidad, dado que no tiene relación alguna con el transcurso del tiempo, sino con una forma de condición extintiva

Si frente a una medida cautelar fuera de proceso, se declara liminarmente improcedente la demanda, en aplicación del artículo 636 del C.P.C., se deberá levantar la medida de pleno derecho; sin embargo, si en plena ejecución para el levantamiento de la medida cautelar, se declara la nulidad de la resolución que declara la improcedencia de la demanda y ordena el Juez revisor se admita a trámite la demanda; en tales circunstancias, no justificaría continuar con la ejecución del levantamiento de la medida, todo lo contrario, debería dejarse sin efecto ella y preservar la cautela, pues no se ha cumplido con el supuesto del rechazo liminar firme de ella.<sup>186</sup>

La profesora **Ledesma Narváez, Marianella**<sup>187</sup> señala que en el caso de ser rechazada la demanda liminarmente, no es necesario esperar que la resolución quede firme para dejar sin efecto la medida cautelar. Ella opera con la decisión de primera instancia, al margen que esta pueda o no ser recurrida.

La posición tomada del párrafo precedente no la comparto porque no parece justa y afecta al principio de doble instancia y actuar bajo un correcto debido proceso. Cómo puede dejarse sin efecto la medida cautelar sin tener resolución firme, más aún, sin tener una resolución consentida; porque una de las finalidades de las medidas cautelares es asegurar el cumplimiento de la decisión o fallo definitivo.

En este sentido, carece de propósito disponer que si el superior revoca el rechazo liminar de la demanda, revocando el acto y disponiendo su admisión, sea necesario se vuelva a tramitar nuevamente la medida cautelar, si como mencionara anteriormente tiene que cumplirse con la finalidad de la medida cautelar; cómo puede ser que una resolución que no esté firme ni mucho menos consentida pueda extinguir la medida cautelar, cortando automáticamente el desarrollo de un buen debido proceso, generando un doble gasto al ejecutante con la medida, de interponerla nuevamente, pagar nuevas tasas judiciales, con el fin de ver si aún puede lograr salvaguardar los derechos que aún reclama.

---

<sup>186</sup> Ledesma, Marianella, Ob.cit., p. 86.

<sup>187</sup> Ledesma Narváez, Marianella (2008). TOMO III “Comentarios al Código Procesal Civil”. Editorial Gaceta Jurídica. Pág. 141. Lima-Perú.

## **TERCERA PARTE**

### **APOORTE AL DERECHO**

#### **1. APOORTE A LA TEORÍA JURÍDICA SOBRE EL PROBLEMA INVESTIGADO**

##### **1.1. Formulación de las premisas jurídicas resultantes de la investigación empírica y su relación con las teorías jurídicas**

###### **1.1.1. Resultados de las hipótesis**

Se obtuvo como resultado que en la Hipótesis propuesta existe relación directa entre los autos concesorios de las medidas cautelares de: No Innovar, Secuestro, Embargos (en sus diversas clases) con la última sentencia obtenida favorablemente para el demandante; en términos que si la mayoría de los procesos judiciales concluyen de manera satisfactoria para la parte demandante, no debe cancelarse la medida cautelar por el hecho que se obtenga sentencia desestimatoria en Primera Instancia.

###### **1.1.2. Premisa jurídica**

Se encuentra demostrado que existe relación entre la resolución concesoria de una medida cautelar que garantiza el resultado final del proceso a través de la sentencia firme obtenida favorablemente para el demandante. En tal sentido, he destacado la siguiente premisa jurídica:

El **Artículo 630** del Código Procesal Civil, aseguraba y/o garantizaba el resultado de la sentencia en primera instancia que debía recaer en un proceso determinado; de ser desfavorable para el demandante la medida cautelar quedaba sin efecto de pleno derecho, pues se dan casos en los que habiéndose obtenido sentencia desestimatoria en Primera Instancia y habiendo sido ésta revocada en Segunda Instancia, el bien o derecho que había sido objeto de la medida cautelar trabada pasaba a manos de un tercero; ocasionando que el proceso carezca de eficacia jurídica.

Y, más aún, con la reciente modificatoria se deja una posibilidad que antes no existía, que a petición del solicitante el Juez puede mantener la medida cautelar hasta su revisión, cuando la

sentencia en primera instancia sea desestimada, logrando con ello mantener trabado el bien o derecho, hasta que el superior resuelva, empero, no está muy claro si para poder lograr todo lo dicho, el solicitante tenga que ofrecer otra contracautela, sino se cancela de pleno derecho. En el caso, que la medida cautelar ofrecida sea suficiente para cubrir los posibles daños y perjuicios que la medida cautelar podría ocasionar, ¿sería necesario que el Juez requiera otra medida cautelar?, considero que tendría que ser evaluado por el Juez en el caso concreto.

El artículo 636 de nuestro Código Procesal Civil, también necesita ser mejorado en razón en cuanto se rechace la demanda liminarmente la medida cautelar caduca de pleno derecho, dado que si no ha culminado el proceso y el demandante puede interponer un medio impugnatorio, y, si es factible que el auto sea revocado por el Superior, no parece adecuado que sea necesario tramitar nuevamente una medida cautelar, por lo que, igualmente, se debe facultar al peticionante para que pueda solicitar la permanencia de la medida o su modificatoria, a cambio de ofrecer mejorar la contracautela, de ser necesario. Además, se debe señalar que no estamos ante un supuesto de caducidad de la medida cautelar, dado que el rechazo liminar no guarda relación con el transcurso del tiempo, sino que sería más próxima a una condición extintiva.

### 1.1.3. Teorías

#### a. Teorías que coinciden con las premisas jurídicas resultantes de la investigación empírica

- **Autor:** KIELMANOVICH, Jorge L. Medidas Cautelares. Buenos Aires -Argentina. Editorial Rubinzal - Culzoni. 2000. Pág. 14-53.

Las medidas cautelares contrarrestan la lentitud de los procedimientos judiciales.

- **Autor:** OBANDO BLANCO, Víctor Roberto. El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva en la Jurisprudencia. Lima - Perú. Editorial Palestra Editores. 2002. Pág. 100-101.

Se asegura la eficacia de la sentencia definitiva a través de la tutela cautelar.

- **Autor:** ARIETA, autor citado por Eugenia Ariano Deho en Problemas del Proceso Civil. Lima - Perú. Editorial Jurista Editores. 2003. Pág. 613-615.

La tutela cautelar tiene como duración fisiológica la duración del proceso de fondo.

- **Autor:** FAZZALARI, autor citado por Eugenia Ariano Deho en Problemas del Proceso Civil. Lima - Perú. Editorial Jurista Editores. 2003. Pág. 696-697.

La tutela cautelar no salvaguarda el imperium iudicis, sino la efectiva tutela de nuestros derechos.
- **Autor:** HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. El Embargo y Otras Medidas Cautelares. Lima - Perú. Editorial San Marcos. 1998. Pág. 15.

Las medidas cautelares tienen por objeto que la parte vencedora no quede burlada en su derecho.
- **Autor:** PELÁEZ BARDALES, Mariano. Proceso Cautelar. Lima - Perú. Editorial Grijley. 2005. Pág. 7.

La medida cautelar es el medio a través del cual se evita que el fallo final no pueda cumplirse o se torne ilusorio.
- **Autor:** HERNÁNDEZ LOZANO, Carlos A. Proceso Cautelar. Editorial Ediciones Jurídicas. Lima -Perú. 2000. Pág. 29-30.

Las medidas cautelares son adoptadas porque puede tornarse imposible la ejecución o inoperante el pronunciamiento judicial definitivo.
- **Autor:** CASTAÑEDA, Jorge E. y Otros. "DIRECTUM: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Federico Villarreal". Lima - Perú. Editorial Universidad Nacional Federico Villarreal. 2000. Págs. 61-72.

La medida cautelar se subordina al fallo o medida definitiva.
- **Autor:** MONROY PALACIOS, Juan José. Bases para la Formación de una Teoría Cautelar. Lima - Perú. Editorial Industria Gráfica. Pág. 85-86.

La posibilidad que actos maliciosos del demandado impidan el cumplimiento de lo pretendido por el demandante a través de un fallo definitivo, dan lugar a la existencia de las medidas cautelares.

- **Autor:** MARTÍNEZ BOTOS, Raúl. Medidas Cautelares. Buenos Aires - Argentina. Editorial Universidad. 1990. Pág. 78-79.

La medida cautelar tiende a impedir que el derecho que se pretende sea desconocido, pierda su eficacia durante la iniciación del proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva.

- **Autor:** SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. Teoría General de las Medidas Cautelares - Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil. Barcelona - España. Editorial Bosch. 1974. Pág. 456-457.

La “tramitación” de una medida cautelar se encuentra permanentemente ligada a la tramitación del proceso principal que intenta asegurar.

- **Autor:** BLASCO PELLICER, Ángel. Las Medidas Cautelares en el Proceso Laboral. Valencia - España. Editorial Civitas. 1996. Pág. 21-22.

La medida cautelar surge ante la insuficiencia del órgano jurisdiccional de garantizar la eficacia de la “sentencia firme”.

#### **b. Teorías que se contradicen con las premisas jurídicas resultantes de la investigación empírica**

- **Autor:** MARTEL CHANG, Rolando A. Tutela Cautelar y Medidas Autocompositivas en el Proceso Civil. Lima - Perú. Editorial Palestra. 2003. Pág. 73-74.

Las medidas cautelares se encuentran a la espera de cualquier decisión futura que varíe su estado.

- **Autor:** VERDE, Giovanni. El Proceso Cautelar. Sao Paulo - Brasil. Editorial Revista del Proceso. 1995. 35-45.

La “verosimilitud” del derecho desaparece al desestimarse la demanda con el pronunciamiento de la resolución que pone fin a la instancia.

- **Autor:** PALACIO LINO, Enrique. Derecho Procesal Civil. Tomo VIII. Buenos Aires - Argentina. Editorial Abeledo Perrot. 1992. Pág. 218.

La necesidad de liberar al órgano jurisdiccional de sus obligaciones por la duración ilimitada de los litigios, es que se deben cancelar o extinguir las medidas cautelares solicitadas.

- **Autor:** LA ROCHE HENRIQUEZ, Ricardo. Medidas Cautelares. Madrid - España. Editorial Centro de Estudios Jurídicos. 1999. Pág. 326.

Una vez que desaparezca alguno de los presupuestos que condicionan la adopción de medidas cautelares, éstas deben quedar sin efecto.

- **Autor:** ARIANO DEHO, Eugenia. Problemas del Proceso Civil. Lima - Perú. Editorial Jurista Editores. 2003. Pág. 641-642.

Sería un contrasentido que la tutela cautelar conservara su eficacia hasta que el proceso concluya definitivamente con una sentencia firme.

- **Autor:** ARANGÜENA FANEGO, Coral. Teoría General de las Medidas Cautelares Reales en el Proceso Penal. Barcelona - España. Editorial J.M. Bosch S.A. 1991. Pág. 82.

Aún cuando la sentencia no adquiera firmeza, la medida cautelar pierde su eficacia porque ha desaparecido ese *fumus boni iuris* que se consideró existente al momento de la concesión.

### **c. Teorías que coinciden parcialmente con las premisas jurídicas resultantes de la investigación empírica**

Dentro de las premisas jurídicas no se han podido encontrar teorías de autores que mantengan una posición intermedia, respecto a los resultados de la investigación empírica. Consecuentemente, no puedo citar a ningún autor que mantenga dicha posición.

## **1.2. Planteamiento de posibles explicaciones teórico - jurídicos de los resultados empíricos:**

### **a. Explicación o fundamentación de las teorías que coinciden con las premisas jurídicas resultantes de la investigación empírica**

**Kielmanovich**, afirma que la natural e inevitable lentitud de los procedimientos judiciales puede traer consigo cierto riesgo de que la composición del conflicto resulte **tardía** - con una sentencia que quizás aparezca como intrínsecamente **justa**; pero paradójicamente **ineficaz** - y, a su vez, que mientras se aguarda el normal desenlace de los mismos se *alteren, deliberada o involuntariamente, las circunstancias fácticas y jurídicas existentes al momento en que se reclamó la intervención del órgano jurisdiccional, tornando así en ilusorias o ineficaces las resoluciones judiciales nominalmente destinadas a restablecer la observancia del derecho*. Por consiguiente, las medidas cautelares son adoptadas para **garantizar instrumentalmente el cumplimiento de la sentencia definitiva a dictarse en el proceso principal**, así como asegurar mediatamente el derecho discutido o debatido en la litis.

De igual manera, este autor señala que la procedencia de las medidas cautelares se halla condicionada también a que el interesado acredite el peligro en la demora; es decir, la **probabilidad de la tutela jurídica definitiva que el accionante aguarda pueda frustrarse en los hechos**, porque a raíz del transcurso del tiempo, los efectos del **fallo final resulten prácticamente inoperantes**, de acuerdo al juicio objetivo de una persona razonable, o por la propia actitud de la parte contraria.<sup>188</sup>

**Obando Blanco**, señala que la mejor manera de **asegurar la eficacia de la decisión judicial definitiva** y, asimismo, evitar que la duración del proceso afecte a quien al final de ella presuntamente tendrá la razón, es a través de la **tutela cautelar**, constituyendo la medida cautelar en un instrumento del derecho a la **tutela jurisdiccional efectiva**. Asimismo, este autor manifiesta que el peligro en la demora del proceso judicial instaurado es la constatación por parte del Juez, que si no concede de inmediato la medida cautelar a través de la cual garantice el cumplimiento del **fallo definitivo**, es factible que éste jamás se ejecute con eficacia.<sup>189</sup>

---

<sup>188</sup> KIELMANOVICH, Jorge L. Medidas Cautelares. Buenos Aires - Argentina. Editorial Rubinzal - Culzoni. 2000. Pág. 14-53.

<sup>189</sup> OBANDO BLANCO, Víctor Roberto. El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva en la Jurisprudencia. Lima - Perú. Editorial Palestra Editores. 2002. Pág. 100-101.



**Arieta**, nos dice que la **tutela cautelar** es en sustancia una **tutela provisional**, pues su ciclo vital se encuentra condicionado por el ciclo temporal del *proceso de fondo*, asimismo, este autor añade que todas las medidas cautelares son *provisionales*, porque la relación que con ella se establece, está por su naturaleza intrínsecamente destinada a agotarse en el momento en el cual se emitirá la decisión de fondo. De tal manera que, cuando sobreviene la tutela de fondo (decisión de fondo), la tutela cautelar cumple su ciclo vital, y como consecuencia, *se extingue*, por haber cumplido su función, lo cual implica que, por lo general, **la tutela cautelar tendrá como duración fisiológica la duración del proceso de fondo**, a cuyo término la tutela cautelar o perderá toda eficacia o será sustituida por la tutela de fondo.<sup>190</sup>

**Fazzalari**, nos dice que la función de la tutela cautelar responde –en todos los sectores- al **Principio de Efectividad de la Tutela Jurisdiccional**. La tutela cautelar se presenta, pues, desde la óptica del justiciable necesitado de tutela como una auténtica garantía para obtener la **tutela definitiva de sus derechos**. En consecuencia, si el proceso judicial es el instrumento puesto por el ordenamiento jurídico para la tutela de nuestros derechos e intereses, *la tutela cautelar no está dispuesta a salvaguardar el imperium iudicis, sino a salvaguardar la posibilidad práctica de la efectiva tutela de nuestros derechos*; es decir, para **garantizar esa efectividad**.<sup>191</sup>

**Hinostroza Minguez**, expresa que las **medidas cautelares** son aquellas que el legislador ha dictado con el objeto que **la parte vencedora no quede burlada en su derecho**; vale decir, que la medida cautelar es un mecanismo procesal de tutela preventiva que tiene por finalidad garantizar el **cumplimiento de la decisión judicial a adoptarse en forma definitiva**.

Por ello, las medidas cautelares sólo pueden adoptarse estando pendiente un proceso principal y en el caso que puedan obtenerse previamente a éste, la no incoación del proceso principal dentro de cierto plazo opera como condición resolutoria de la medida acordada. Las medidas cautelares

---

<sup>190</sup> ARIETA, autor citado por Eugenia Ariano Deho en Problemas del Proceso Civil. Lima - Perú. Editorial Jurista Editores. 2003. Pág. 613-615.

<sup>191</sup> FAZZALARI, autor citado por Eugenia Ariano Deho en Problemas del Proceso Civil. Lima - Perú. Editorial Jurista Editores. 2003. Pág. 696-697.

no constituyen un fin en sí mismas, sino que ***sirven para asegurar los derechos que se definen en el proceso principal.***

Asimismo, este autor manifiesta que las medidas cautelares denominadas también ***medidas preventivas***, son aquellas instituciones procesales mediante las cuales el órgano jurisdiccional, a instancia de parte, ***asegura la eficacia o el cumplimiento de la futura sentencia a dictarse en el proceso que dirige***, anticipando todos o determinados efectos del fallo, en razón de existir algún grado de ***verosimilitud en el derecho invocado*** y ***peligro en que la demora en la sustanciación de la litis traiga como consecuencia que la decisión judicial no pueda reintegrar a la parte vencedora en el juicio, la totalidad de su derecho.***<sup>192</sup>

**Peláez Bardales** sostiene que la medida cautelar es el medio a través del cual el órgano jurisdiccional ***asegura el cumplimiento de resoluciones*** (sentencias) cuando, antes de iniciarse el proceso o durante su trámite, una de las partes (demandante) demuestra que el derecho que invoca es verosímil y cierto, y que ***el tiempo que necesariamente demandará la sustanciación del proceso constituirá un peligro de que la decisión o fallo final no pueda cumplirse o se torne ilusorio***, como consecuencia principalmente de actos de disposición física o jurídica realizados, con “mala fe” o “malicia” por la parte obligada (demandado).<sup>193</sup>

**Hernández Lozano** manifiesta que durante el lapso que inevitablemente transcurre entre la pretensión de la demanda y la emisión del fallo final, puede sobrevenir ***cualquier circunstancia que haga imposible la ejecución o torne inoperante el pronunciamiento judicial definitivo***, lo que ocurriría, por ejemplo, cuando *desapareciesen los bienes o disminuyese la capacidad patrimonial del presunto deudor, u operase una alteración del estado de hecho existente al tiempo de la demanda*. Asimismo, afirma que el juez resolverá recién en la sentencia sobre quién tiene la razón y, hasta ese momento, ***nada autoriza a suponer que la sentencia es infundada***; no obstante, ***cuando existe la presunción de que la demanda es fundada***, el juez debe acoger

---

<sup>192</sup> HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. El Embargo y Otras Medidas Cautelares. Lima - Perú. Editorial San Marcos. 1998. Pág. 15.

<sup>193</sup> PELÁEZ BARDALES, Mariano. Proceso Cautelar. Lima - Perú. Editorial Grijley. 2005. Pág. 7.

las medidas cautelares solicitadas por el demandante de manera provisoria; por ello, es suficiente en tal supuesto la invocación de un derecho justificado.<sup>194</sup>

**Jorge E. Castañeda** sostiene que *la medida cautelar se subordina al fallo o medida definitiva*, no es por tanto independiente del proceso principal (definitivo). *El proceso principal puede existir sin el cautelar, pero este proceso no puede existir sin aquel.*

De igual manera, este autor considera que las medidas cautelares *deben extinguirse cuando el proceso principal termine*. Y, si la pretensión interpuesta no fuese estimada hasta el final del proceso principal, adquiriendo la autoridad de cosa juzgada, la medida cautelar recién debe extinguirse, porque ya no hay efectos que requieran ser asegurados.

Continúa el mismo autor, sosteniendo que una medida cautelar es provisoria, porque es interina, *pues su duración es limitada en relación con el proceso en el que se ha dictado*. En síntesis, es provisoria, *porque está en función al fallo o decisión principal que sería definitiva*.<sup>195</sup>

**Monroy Palacios**, sostiene que uno de los presupuestos para la concesión de una medida cautelar, es el *peligro en la demora*, el cual está referido a la amenaza que el proceso judicial se torne *ineficaz* durante el tiempo transcurrido desde el *inicio de la relación procesal hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva*. Su existencia no sólo está sustentada necesariamente en la posibilidad que *actos maliciosos del demandado impidan el cumplimiento de lo pretendido por el demandante*, sino también que el solo *transcurso del tiempo* constituye de por sí, un *estado de amenaza que merece una tutela especial*.<sup>196</sup>

---

<sup>194</sup> HERNÁNDEZ LOZANO, Carlos A. Proceso Cautelar. Editorial Ediciones Jurídicas. Lima -Perú. 2000. Pág. 29-30.

<sup>195</sup> CASTAÑEDA, Jorge E. y Otros. “DIRECTUM: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Federico Villarreal”. Lima - Perú. Editorial Universidad Nacional Federico Villarreal. 2000. Págs. 61-72.

<sup>196</sup> MONROY PALACIOS, Juan José. Bases para la Formación de una Teoría Cautelar. Lima - Perú. Editorial Industria Gráfica. Pág. 85-86.

**Martínez Botos**, señala que la tutela cautelar aparece configurada, con relación a la actuación del derecho sustancial, como una *tutela mediata*, **pues más que para hacer justicia sirve para asegurar el eficaz funcionamiento de ésta.**

En tal sentido, el instituto cautelar se atiende más que a la finalidad de actuar el derecho, **a conseguir el efecto inmediato de asegurar la eficacia práctica de las providencias (sentencias) definitivas.**

Por ello, este autor afirma que las medidas cautelares no tienen un fin en sí mismas, sino que **constituyen un accesorio de otro proceso** (que viene a ser el principal), del cual dependen y a la vez, **aseguran el cumplimiento de la sentencia que vaya a dictarse.**

Del mismo modo, sostiene que la provisionalidad como característica propia de las medidas cautelares *constituye un anticipo de la garantía jurisdiccional de defensa de la persona y de los bienes*. Es por ello que, **cuando alcanza la autoridad de cosa juzgada el pronunciamiento sobre el fondo del asunto, se extingue ipso iure la eficacia de la resolución cautelar; porque recién a partir de ese instante pierde su razón de ser y se agota.**

En consecuencia, la medida cautelar *es aquella que tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través del proceso en el que se dicta la providencia cautelar*, **pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurra entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva.**<sup>197</sup>

**Serra Domínguez**, sostiene que no puede hablarse de autonomía del proceso cautelar, pues resulta obvio que la tramitación de una medida cautelar, si bien se efectúa en cuaderno separado, **se encuentra permanentemente ligada a la tramitación del proceso principal que intenta asegurar.** Sin embargo, con ello no se hace alusión al mero procedimiento, sino al contenido esencial, a los rasgos que determinan la función del instituto.

---

<sup>197</sup> MARTÍNEZ BOTOS, Raúl. Medidas Cautelares. Buenos Aires - Argentina. Editorial Universidad. 1990. Pág. 78-79.

De esta forma, **la autonomía cautelar es analizada según la finalidad que persigue la pretensión cautelar**, pues mientras el objetivo del proceso judicial consiste en solucionar un conflicto de intereses o la incertidumbre jurídica, **la cautela busca garantizar la eficacia de dicho proceso**. Por lo tanto, se trata de una autonomía teleológica y no procedimental.<sup>198</sup>

Por otro lado, este mismo autor sostiene que al haberse dictado en *primera o segunda instancia una sentencia absolutoria para el demandado, aunque no sea firme, va originar una gran peligrosidad sobre todo cuando se trata de anotaciones preventivas de demanda*; lo cual se puede remediar facultando al recurrente (demandante) para solicitar su **mantenimiento o adoptar una medida cautelar distinta**; en cuyo caso, ello obviamente *disminuye el peligro pero no lo elimina*.<sup>199</sup>

Finalmente, **Blasco Pellicer** sostiene que las medidas cautelares **surgen ante la insuficiencia del órgano jurisdiccional de garantizar que la sentencia que ampara la pretensión planteada en un proceso, sea satisfecha**; ello por el inevitable transcurso del tiempo necesario para llevar a cabo los actos procesales que garanticen un debido proceso para las partes y, además, porque no sólo se trata del tiempo previsto por la norma para la realización de todos y cada uno de los actos que conforman el proceso. Como sabemos, **en la práctica la realidad desborda ampliamente tal previsión temporal**.<sup>200</sup>

#### **b. Explicación o fundamentación de las teorías que se contradicen con las premisas jurídicas resultantes de la investigación empírica**

**Martel Chang** manifiesta que las medidas cautelares **no solo son temporales, sino que también se encuentran a la espera de cualquier decisión futura que varíe su estado**. Por lo tanto, si la pretensión interpuesta en el proceso principal **no es estimada, la medida cautelar**

---

<sup>198</sup> SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. Teoría General de las Medidas Cautelares - Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil. Barcelona - España. Editorial Bosch. 1974. Pág. 456-457.

<sup>199</sup> SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil. Barcelona - España. Editorial Bosch. 2001. Pág. 100.

<sup>200</sup> BLASCO PELLICER, Ángel. Las Medidas Cautelares en el Proceso Laboral. Valencia - España. Editorial Civitas. 1996. Pág. 21-22.

**debe extinguirse**, porque ya no hay efectos que requieran ser asegurados; y, **si la pretensión ha sido estimada, la medida cautelar también debe extinguirse**, porque entonces ya pueden desplegarse los efectos propios de la sentencia principal.<sup>201</sup>

**Verde**, sostiene que el argumento más importante en favor de la cancelación de las medidas cautelares está en función de la **verosimilitud** que se ha formado el órgano jurisdiccional respecto del derecho pretendido, **dado que dicha verosimilitud, al desestimarse la demanda con el pronunciamiento de la resolución que ponen fin a la instancia, habría desaparecido**; por lo que el ordenamiento procesal considera que la medida cautelar, en su paso hacia el segundo grado, **ha perdido uno de sus presupuestos esenciales**.<sup>202</sup>

Sin embargo, este razonamiento se torna insubsistente si tomamos en cuenta que *la medida cautelar protege la eficacia del proceso y deberá mantenerse siempre que se mantengan los elementos que le dieron origen y no se produzca una alteración de las circunstancias que motive su levantamiento*.

**Palacio**, manifiesta que la existencia de fundamentos subjetivos emergentes de la presunción de abandono de la instancia y de la conveniencia de libertar al órgano jurisdiccional de sus obligaciones generadas por procesos indefinidamente abiertos, y de razones objetivas apoyadas en la necesidad de evitar la duración ilimitada de los litigios, **es que se deben cancelar o extinguir las medidas cautelares solicitadas**. Por ello, el Estado hace prevalecer su interés en liberar a los órganos de la jurisdicción de continuar con las obligaciones emergentes de una relación procesal subsistentes *sine die* (sin plazo o fecha determinados), a efectos de **evitar una recarga en la labor jurisdiccional que desempeñan los magistrados**.<sup>203</sup>

---

<sup>201</sup> MARTEL CHANG, Rolando A. Tutela Cautelar y Medidas Autocompositivas en el Proceso Civil. Lima - Perú. Editorial Palestra. 2003. Pág. 73-74.

<sup>202</sup> VERDE, Giovanni. El Proceso Cautelar. Sao Paulo - Brasil.. Editorial Revista del Proceso. 1995. 35-45.

<sup>203</sup> PALACIO LINO, Enrique. Derecho Procesal Civil. Tomo VIII. Buenos Aires - Argentina. Editorial Abeledo Perrot. 1992. Pág. 218.

La Roche, expresa que el fundamento de la extinción de pleno derecho de la medida cautelar se basa en el hecho de que ***una vez que se haya acreditado la inexistencia de cualquiera de los presupuestos que condicionan la medida cautelar, esta debe ser dejada sin efecto.*** Por lo que, con tales consideraciones ya no se cumpliría con el requisito de “*verosimilitud del derecho*” y tampoco con la finalidad esencial de toda medida cautelar, cual es el de *asegurar la eficacia del proceso*.<sup>204</sup>

Ariano Deho sostiene que si la medida cautelar está instrumentalmente conectada a la tutela de fondo, sobrevinida ésta a favor del demandado, aún cuando la sentencia no sea aún firme, resulta lógico y coherente con su naturaleza que ésta ***desaparezca***, por lo cual sería absurdo que habiéndose determinado por sentencia de fondo la inexistencia del derecho que se estaba resguardando con la tutela cautelar, ésta se mantenga en vida. ***Sería no sólo absurdo sino inclusive perverso que la tutela cautelar conservara su eficacia hasta que el proceso de fondo concluya definitivamente;*** vale decir, hasta que la sentencia de fondo alcanzara aquella firmeza que se suele denominar “cosa juzgada”. *De allí que el Artículo 630 del Código Procesal Civil contenga una solución correcta y sustancialmente justa.*<sup>205</sup>

Finalmente, Arangüena al igual que Ariano Deho sostiene que cuando se desestima la demanda, aun cuando la sentencia no adquiera firmeza (resolución definitiva), la medida cautelar pierde su eficacia porque ha desaparecido ese “**fumus boni iuris**” que se consideró existente al momento de la concesión. Por lo que, *sería absurdo que la medida cautelar sobreviviera a la sentencia desestimatoria, aún cuando no sea todavía firme;* entendiéndose por **sentencia estimatoria** a aquella que se pronuncia sobre el fondo; es decir, aquella que declara fundada la demanda; y, **sentencia desestimatoria** a aquella que declara infundada la demanda.<sup>206</sup>

---

<sup>204</sup> LA ROCHE HENRIQUEZ, Ricardo. Medidas Cautelares. Madrid - España. Editorial Centro de Estudios Jurídicos. 1999. Pág. 326.

<sup>205</sup> ARIANO DEHO, Eugenia. Problemas del Proceso Civil. Lima - Perú. Editorial Jurista Editores. 2003. Pág. 641-642.

<sup>206</sup> ARANGÜENA FANEGO, Coral. Citado por Eugenia Ariano Deho en Problemas del Proceso Civil. Lima - Perú. Editorial Jurista Editores. 2003. Pág. 642-654.

Como podemos apreciar, las diversas teorías sostenidas por los autores ya mencionados en los párrafos anteriores, contradicen el planteamiento de las premisas jurídicas resultantes de la investigación empírica, ya que es uniforme la ideología de extinguir o cancelar la medida cautelar solicitada por el demandante, a fin de liberar al órgano jurisdiccional de sus obligaciones generadas por procesos indefinidamente abiertos; y, por ende, evitar la duración ilimitada de los litigios, agilizando los trámites judiciales y aliviando de esa manera a la administración de justicia, cuya carga procesal es generalmente excesiva, lo cual no deja de ser un acierto. Sin embargo, lo que debe primar antes que ello, es el interés de los particulares que recurren al órgano jurisdiccional en busca de tutela jurídica efectiva; y, ello a través de las medidas cautelares **(tutela cautelar efectiva)** que tienen como finalidad esencial “asegurar la decisión definitiva a recaer en el proceso principal”.

**c. Explicación o fundamentación de las teorías que parcialmente coinciden con las premisas jurídicas resultantes de la investigación empírica**

Al no haber encontrado teorías que parcialmente coincidan con los resultados obtenidos en la presente investigación empírica, es que no se podrá brindar una debida explicación o fundamentación, sobre el particular.

**d. Aporte del autor de la tesis**

Como sabemos, en nuestra legislación, los fines principales del proceso están consagrados en el **Artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil**, el cual establece que: ***“El Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia”.***

Ahora bien, solucionar un conflicto de intereses, haciendo efectivos los derechos sustanciales, ***no significa emitir sólo una sentencia definitiva que declare el derecho reclamado, sino que implica la satisfacción efectiva de aquello que se reclama.*** Así tenemos, por ejemplo, cuando un poseedor mediano ***pretende se le devuelva la posesión del bien que le corresponde y no tan solo que el Juez le diga que tiene derecho a ella.*** Por lo tanto,



conviene reflexionar sobre en qué supuestos *un fallo definitivo no compone de modo debido la solución a una controversia*.

Con relación a lo mencionado en el párrafo anterior, podemos precisar en primer lugar, que podría darse el caso que la decisión judicial sea injusta; vale decir, no acorde con el Derecho, ***situación en la que evidentemente no se estaría frente a una debida composición del conflicto***. No obstante a ello, el modo de reducir este riesgo pasa por *dar al juzgador el tiempo suficiente para que pueda conocer y evaluar la controversia debidamente*, atendiendo a los puntos controvertidos, a las pruebas ofrecidas y actuadas y, en general, a los argumentos de las partes. En efecto, en la medida que el órgano judicial, imparcial e independiente, solucione de manera adecuada los conflictos privados, *la sociedad en su conjunto confiará más en dicho Poder del Estado*.

La previsión legislativa de las medidas cautelares es explicable por la consideración de un eventual resultado procesal favorable al actor, pues cuando se inicia un proceso esta eventualidad es desde luego siempre posible. Sin embargo, así como sería inicuo condicionar el acceso al proceso a una cierta demostración preliminar de la realidad del derecho que se hace valer, por cuanto supondría cortar la posibilidad misma de reconocimiento del derecho, es por el contrario, aceptable que para la concesión de una medida cautelar, que implica una injerencia en la esfera jurídica del demandando se requiera que pueda formarse un juicio positivo sobre un resultado preliminar favorable al actor. En ese sentido, para que la medida cautelar pueda cumplir su función, la demostración de la situación jurídica cautelable ha de quedar en el *grado de la mera posibilidad*, sin necesidad de que alcance la plena convicción en el juez.

El **Artículo 630 del Código Procesal Civil** regulaba de manera inadecuada que la medida cautelar se cancelaba de pleno derecho si la sentencia de primera instancia desestimaba la demanda; teniendo en cuenta que ***las medidas cautelares estaban destinadas a cautelar la eficacia del proceso y no de una instancia. En este caso, de la primera instancia, y también por analogía algunos tribunales la aplicaban igualmente para la sentencia desestimatoria de segunda instancia***. En otras palabras, la instrumentalidad de la medida cautelar no se ejercía respecto del ***proceso principal, sino*** en relación al ***grado de jurisdicción*** (Primera Instancia,

según el citado dispositivo legal) en que se encontraba la tramitación de ésta; es decir, el proceso aún no habiendo terminado y con una regulación de tal naturaleza se ponía en serio ***riesgo los intereses del demandante reduciendo considerablemente sus expectativas de poder ejecutar una sentencia favorable definitiva, al haberse dejado sin efecto las medidas cautelares por sentencia desestimatoria de primera instancia.***

Haciendo un breve paréntesis, es rasgo consustancial de toda medida cautelar tener el carácter de ser instrumental; esto quiere decir, que ***constituye un instrumento para garantizar que una decisión definitiva despliegue plenamente sus efectos materiales y jurídicos***; y es en relación al derecho sustancial, una tutela mediata. De modo tal que las medidas cautelares coadyuvan a la buena marcha de los procesos a partir de la detección de situaciones que atenten contra la celeridad procesal.

Por ello, el **Artículo 630 del Código Procesal Civil** en la forma en que estaba regulado, impedía la materialización de la función instrumental que toda medida cautelar debía cumplir, toda vez, que establece el levantamiento de pleno derecho de la medida cautelar cuando se ha pronunciado, en primera instancia, una sentencia que desestima la pretensión contenida en la demanda.

Por consiguiente, esta regulación legal venía generando serios inconvenientes en su aplicación, podemos mencionar entre otros, casos de: extinción de garantías que tienen los acreedores para obtener el pago de su acreencia o de anotaciones de demandas en procesos de otorgamiento de escrituras públicas o de nulidad de contrato; pues solía ocurrir cuando el resultado era adverso para el demandado en la instancia superior, esta parte ya había dispuesto de los bienes que fueron materia de la garantía causando con ello grave perjuicio al derecho del acreedor-demandante, por lo que se hacía necesario que la tutela cautelar se mantuviera siempre que subsista el proceso principal y no se produzca una decisión definitiva, el mismo que se debe mantener latente como una expectativa de obtener un resultado favorable al final del proceso, dado que los elementos que le dieron origen solo deben estar referidos a su concesión u otorgamiento, más no a su permanencia, y más bien, se debe asegurar el mayor riesgo de daño al afectado con la medida cautelar.

Con la modificación del **Artículo 630 del Código Procesal Civil** mediante el Decreto Legislativo N.º 1069, del 28 de Junio del 2008, se pretendió solucionar el problema de que si la sentencia en primera instancia se declara infundada automáticamente la medida cautelar quedaba cancelada de pleno derecho, aún cuando pueda impugnarlo, razón por la cual los legisladores plantearon que la medida se mantendrá para su revisión en la instancia superior a pedido del solicitante cumpliendo el requisito previo de ofrecer otra contracautela, no indicándose qué plazo tiene para presentar su solicitud o si será presentado conjuntamente con el escrito de apelación.

Las medidas cautelares están destinadas a cautelar la eficacia de un **proceso y no de la instancia**, razón por la cual cancelar de pleno derecho cuando en primera instancia se desestimaba la demanda porque en ese estado no se terminó el proceso, el demandante posee aún mecanismos de defensa para contrarrestarlo y seguir manteniendo trabada la medida cautelar hasta que el superior confirme o revoque sin la necesidad ineludible de presentar una nueva contracautela, salvo que el Juez considere conveniente elevar la contracautela o modificarla.

El Artículo 630 del Código Procesal Civil, con la reciente modificación en su último párrafo estaba regulado en forma inadecuada, razón por la cual no es conveniente que una resolución que no esté firme ni consentida pueda dar lugar a la cancelación de pleno derecho de la medida cautelar; el solicitante al presentar su recurso impugnatorio tiene expedito el derecho a que el superior lo revoque o dé admisión a la demanda (Artículo 636), para que se tenga con la decisión nuevamente que plantear una medida cautelar generando un perjuicio en el solicitante de la medida.

### **1.3. Contribución a una Teoría Jurídica sobre el Problema**

#### **1.3.1. Teorías que coinciden con los resultados del problema jurídico - social**

**Peláez Bardales** sostiene que la medida cautelar es el medio a través del cual el órgano jurisdiccional asegura el cumplimiento de las resoluciones judiciales cuando una de las partes (demandante) demuestra que el derecho que invoca es **verosímil y cierto**, y que el tiempo que

necesariamente demandará la sustanciación del proceso constituirá un ***peligro de que la decisión o fallo final no pueda cumplirse o se torne ilusorio***, como consecuencia principalmente de actos de disposición física o jurídica realizados, con mala fe o malicia por la parte obligada (demandado).

**Hernández Lozano** manifiesta que durante el lapso que transcurre entre la pretensión de la demanda y la emisión del fallo final, ***puede sobrevenir cualquier circunstancia que haga imposible la ejecución o torne inoperante el pronunciamiento judicial definitivo***, motivo por el cual el juez acoge las medidas cautelares solicitadas por el demandante de manera provisoria.

**Jorge E. Castañeda** asevera que la medida cautelar se subordina al fallo definitivo, por lo que ***éstas deben extinguirse cuando el proceso principal termine***. En este sentido, si la pretensión interpuesta no fuese estimada hasta el final del proceso principal (adquiriendo la autoridad de cosa juzgada), la medida cautelar recién debe extinguirse, pues ya no hay efectos que requieran ser asegurados.

**Martínez Botos** establece que el instituto cautelar tiende principalmente a conseguir el efecto inmediato de ***asegurar la eficacia práctica de las providencias (sentencias) definitivas***; razón por la cual, las medidas cautelares concedidas al accionante no deben cancelarse de pleno derecho al obtener sentencia desestimatoria en primera instancia, dado que básicamente se busca ***garantizar la eficacia de la sentencia final a recaer en el proceso y no la instancia misma***.

**Monroy Palacios** afirma que ***frente a la sentencia firme que contiene una declaración de certeza del derecho, la medida cautelar se extingue***, pues carece de objeto, dado que concluyó en el proceso el momento para el aseguramiento de la sentencia, y se ingresó a la oportunidad para su satisfacción.

De acuerdo con lo afirmado por el autor mencionado en el párrafo anterior, debo precisar que ***sentencia firme***, es aquella que implica la obtención de una resolución judicial que declara el derecho reclamado por el accionante y que efectivamente le corresponde o que desestima finalmente el petitorio, lo cual evidencia que el operador del derecho ha efectuado el análisis

jurídico de fondo correspondiente. Asimismo, es preciso diferenciar a una resolución firme de una resolución recurrida, dado que ésta puede ser modificada, y, por tanto, la declaración de derecho que se efectúa no es definitiva.

### 1.3.2. Teorías contrarias a los resultados del problema jurídico - social

**Ariano Deho** sostiene que si la medida cautelar está instrumentalmente conectada a la tutela de fondo, sobrevinida ésta a favor del demandado, aún cuando la sentencia no sea aún firme, resulta lógico y coherente con su naturaleza que ésta **desaparezca**, por lo cual sería absurdo que habiéndose determinado por sentencia de fondo la inexistencia del derecho que se estaba resguardando con la tutela cautelar, ésta se mantenga en vida. **Sería no sólo absurdo sino inclusive perverso que la tutela cautelar conservara su eficacia hasta que el proceso de fondo concluya definitivamente**; vale decir, hasta que la sentencia de fondo alcanzara aquella firmeza que se suele denominar cosa juzgada. **De allí que el Artículo 630 del Código Procesal Civil contenga una solución correcta y sustancialmente justa.**

**Verde** sostiene que la cancelación de las medidas cautelares se basa en la **verosimilitud** que se ha formado el órgano jurisdiccional respecto del derecho pretendido, **dado que dicha verosimilitud, al desestimarse la demanda con el pronunciamiento de la resolución que ponen fin a la instancia, habría desaparecido**; por lo que el ordenamiento procesal considera que la medida cautelar, en su paso hacia el segundo grado, **ha perdido uno de sus presupuestos esenciales.**

**La Roche** afirma que el fundamento de la extinción de pleno derecho de la medida cautelar se basa en el hecho de que una vez que se haya acreditado la inexistencia de cualquiera de los presupuestos que condicionan la medida cautelar, esta debe ser dejada sin efecto, procediéndose a cancelarla de pleno derecho.

**Rolando Martel Chang** señala que las medidas cautelares deben extinguirse cuando la pretensión interpuesta en el proceso principal no es estimada, porque ya no hay efectos que requieran ser asegurados; de igual manera, si la pretensión ha sido estimada, la medida cautelar

también debe extinguirse, porque entonces ya pueden desplegarse los efectos propios de la sentencia principal.

Finalmente, debo señalar que después de haber realizado una comparación entre las posiciones doctrinarias planteadas por los diversos autores (nacionales y extranjeros), he notado que si bien, algunos autores coinciden con los resultados obtenidos en la investigación empírica, al sostener que toda medida cautelar está destinada a **asegurar la eficacia de la decisión final a recaer en el proceso**, existen otros autores que mantienen una posición contraria al establecer que las medidas cautelares concedidas *deben extinguirse cuando desaparezca la certeza del derecho invocado por el accionante y de esa manera liberar al órgano jurisdiccional de litigios aparentemente innecesarios en la instancia*, lo cual evidentemente no se encuentra acorde con la realidad de la investigación empírica realizada; toda vez, que puede presentarse el caso en que habiéndose obtenido sentencia desestimatoria en primera instancia y habiendo sido ésta revocada en segunda instancia, **el bien que ha sido objeto de la medida cautelar trabada haya pasado a manos de un tercero**, quien lo adquiere de buena fe y a título gratuito u oneroso; **perjudicando de esta manera al accionante que ha obtenido sentencia revocatoria recién en segunda instancia o ante la Corte Suprema**; en términos que la medida cautelar solicitada debe permanecer hasta que culmine el proceso y no la instancia, a efectos de salvaguardar los derechos de quienes recurren al órgano jurisdiccional en busca de tutela judicial efectiva.

## 2. APOORTE A LA DOCTRINA JURÍDICA

### 2.1. Análisis de los resultados empíricos y su aporte con relación a:

#### a. Doctrinas que son fortalecidas y ampliadas con los resultados empíricos

El ordenamiento procesal civil debe ser un medio para que la sociedad sea cada vez mejor, y no uno que sirva para ayudar a que sea cada vez más injusta. Es el proceso el que debe mejorar a la sociedad con valores que deben ser salvaguardados como es la exigencia de justicia a través de la eficacia del proceso de cognición con una adecuada regulación normativa del procedimiento cautelar.

Así, las medidas cautelares sea cual fuere su naturaleza, ayudan indudablemente a fortalecer el valor **eficacia** de la actividad jurisdiccional en cualquier tipo de proceso; eficacia que resulta imprescindible con la tutela jurisdiccional, pues básicamente son ambas las que implícitamente busca el justiciable cuando usa el proceso como instrumento para el logro de su pretensión.

Este efecto también es reconocido por nuestra legislación en el **Artículo 619 del Código Procesal Civil** al establecer que: *Resuelto el principal en definitiva y de modo favorable al titular de la medida cautelar, éste requerirá el cumplimiento de la decisión, bajo apercibimiento de proceder a su ejecución judicial.*

Las medidas cautelares han basado su desarrollo en la existencia del **proceso** aliado a los valores de **justicia y eficacia**. Por tanto, siempre vamos a encontrar una conexión entre el llamado *proceso principal y el procedimiento cautelar*; y, entre ambos existe un elemento que los convierte en inseparables: **El Tiempo**.

De tal manera, que la duración que tenga el proceso principal; es decir, *el tiempo que demore el juez en declarar la certeza de la pretensión contenida en la demanda y el perjuicio que pueda ocasionar tal dilación en contra del pretensor*; ha sido también motivo de pronunciamiento por la doctrina, siendo considerado como otro elemento en la que se fundan las medidas cautelares.

El profesor **Enrique M. Falcón** nos dice que para la concesión de una medida cautelar debe existir un temor grave fundado, en el sentido que el derecho que se está reclamando se pierda, se deteriore o sufra un menoscabo durante la sustanciación del proceso. De este modo, se tratará de evitar que la sentencia definitiva a dictarse, sea una mera declaración, sin posibilidad de cumplimiento concreto.<sup>207</sup>

Su finalidad es hacer eficaces las sentencias, y si bien es cierto una de sus características es la provisionalidad, esta no tiene por qué estar necesariamente vinculada con el resultado de la instancia, de modo que de ordinario se deben extinguir con el fin del proceso, salvo cuando,

---

<sup>207</sup> FALCÓN, Enrique M. Manual de Derecho Procesal. Buenos Aires - Argentina. Editorial Astrea. 2005. Pág. 125.

eventualmente, el acogimiento de la sentencia de la pretensión de quien obtuvo la medida, importa la consolidación de ésta por coincidir con el objeto de la demanda.<sup>208</sup>

El profesor **Juan Monroy Gálvez** sustenta en cuanto a la existencia autónoma de la acción cautelar, que la demostración más palmaria acerca de su autonomía está dada por el caso de una demanda infundada. En efecto, es perfectamente factible obtener una medida cautelar en un proceso que posteriormente acabe con el rechazo de la pretensión. Esto significa que a pesar de la inexistencia de un derecho material a ser protegido, el actor puede obtener una medida cautelar; en consecuencia, **su existencia no depende de la existencia del derecho sustantivo que garantiza, tiene vida propia; y el ordenamiento garantiza los derechos a una reparación si han sido ejercidos los derechos de una manera arbitraria.**<sup>209</sup>

El profesor Dr. **Jorge Carrión Lugo** señalaba que las medidas cautelares son provisionales en el sentido de que mantienen su vigencia, en tanto, subsistan las condiciones y los presupuestos que la generaron, pues, si por alguna circunstancia desaparecen esas condiciones o presupuestos, la medida precautoria dictada y ejecutada deja de existir de pleno derecho, queda cancelada dice el Código Procesal Civil (art. 630). **La interinidad de las medidas precautorias está vinculada normalmente con la emisión de la sentencia definitiva y firme que se dicte en el proceso, amparando o desamparando la demanda.**<sup>210</sup>

**Javier Peralta** expresa que la medida cautelar es un instituto procesal que tiene por objeto que el órgano jurisdiccional a petición de parte adelante todos o parte de los efectos de una sentencia (asegurar el cumplimiento de una decisión definitiva) con el fin de evitar que determinados actos causen daño, así como defender derechos subjetivos y la seriedad de la función jurisdiccional.<sup>211</sup>

---

<sup>208</sup> FALCÓN, Enrique. Manual de Derecho Procesal. Buenos Aires- Argentina. Editorial Astrea. 2005. Tomo 2. Pág. 140.

<sup>209</sup> MONROY GALVEZ, Juan. Temas de Proceso Civil. Ediciones Librería Studium. Lima- Perú. 1987. Pág. 21.

<sup>210</sup> CARRIÓN LUGO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Civil. Editora Jurídica Grijley. Lima- Perú. Volumen V. 2009. Pág. 222.

<sup>211</sup> PERALTA, Javier. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada de Tacna. Tacna-Perú. 2009. Pág. 115.



El profesor **Dr. Carlos Pérez Ríos** señala con respecto a la cancelación de pleno derecho de las medidas cautelares que, si la sentencia de primera instancia desestima la demanda es otra evidencia del carácter instrumental de aquellas (Art. 630° del CPC). En conclusión, si el fallo definitivo es el medio por el cual se hace efectivo el derecho material o sustantivo, la medida cautelar es el medio a través del cual el fallo definitivo se convierte en eficaz<sup>212</sup>. Asimismo, sostiene que la cancelación de la medida cautelar es la consecuencia jurídico-procesal del pronunciamiento desestimatorio del órgano jurisdiccional respecto de la pretensión principal, a diferencia de la caducidad que genera la pérdida de eficacia de un derecho; por la falta de ejercicio oportuno de un derecho.<sup>213</sup>

El profesor **Juan Montero Aroca**, indica que la conexión entre proceso principal y cautelar se manifiesta con la suerte que las medidas corren tras la finalización del proceso principal, de modo que dependerá del resultado final del proceso declarativo, el mantenimiento o, en su caso, el alzamiento de la medida.<sup>214</sup>

Para **Ortells Ramos** las medidas cautelares deben extinguirse cuando el proceso principal termine. Si la pretensión interpuesta en el proceso no es estimada, la medida debe extinguirse, porque ya no hay efectos que requieran ser asegurados (art. 731.1, párrafo primero LEC). Si la pretensión ha sido estimada, la medida también debe extinguirse, porque entonces ya pueden desplegarse los efectos propios de la sentencia principal.<sup>215</sup>

**Calamandrei** refiere que las resoluciones cautelares tienen “más que el fin de actuar el derecho, el fin inmediato de asegurar la eficacia práctica de la resolución definitiva que servirá a su vez para actuar el derecho. La tutela cautelar es, respecto al derecho sustancial, una tutela mediata:

---

<sup>212</sup> PÉREZ RÍOS, Carlos Antonio. Tesis del Estudio integral de las medidas cautelares en el proceso civil peruano. Lima – Perú. 2010. Pág. 108.

<sup>213</sup> PÉREZ RÍOS, Carlos Antonio. Tesis del Estudio integral de las medidas cautelares en el proceso civil peruano. Lima – Perú. 2010. Pág. 125.

<sup>214</sup> MONTERO AROCA, Juan. Derecho Jurisdiccional II Proceso Civil. Valencia –España. Editorial Tirant Lo Blanch. 2008. Pág. 708-709

<sup>215</sup> GIMENOS SENDRA, Vicente con ASECIO MELLADO, José María con LÓPEZ FRAGOSO-ALVAREZ, Tomás con **ORTELLS RAMOS, Manuel** con PEDRAZ PENALVA, Ernesto (2008) Proceso Civil Práctico, Tomo IX. 3ra Edición. La Ley. Madrid - España. Pag 1047.

más para hacer justicia, sirve para garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia. Las medidas cautelares son un medio predispuesto para el mayor éxito de la resolución definitiva, que a su vez es un medio para la actuación del derecho; son, en relación con la finalidad última de la función jurisdiccional.<sup>216</sup>

**Ugo Rocco** sostiene que la actividad jurisdiccional llamada cautelar (y el proceso correspondiente) no es más que una actividad dirigida a comprobar desde el punto de vista objetivo y subjetivo *la existencia de un peligro* (posibilidad de un daño) y *a eliminarlo*, puesto que amenaza directamente los intereses sustanciales o procesales tutelados por el derecho objetivo, incierto o controvertido, conservando el estado de hecho y de derecho mientras está pendiente o por previsión de la declaración de certeza o de la realización coactiva de la tutela inmediata brindada por el derecho objetivo a dichos intereses.<sup>217</sup>

**Chamorro Bernal**, afirma que el *derecho a obtener una medida cautelar* forma parte necesariamente del *derecho a la tutela judicial*, porque mediante este derecho se tiende **a asegurar el cumplimiento futuro de la sentencia a dictar** y si ello no se da, entonces no podríamos hablar de una verdadera tutela.<sup>218</sup>

En este orden de ideas, también resulta conveniente hacer referencia al derecho que tenemos todos los justiciables - *derecho al debido proceso* - el cual debe desarrollarse dentro de un **plazo razonable y sin dilaciones**, este derecho guarda estrecha relación con el derecho a la tutela de orden instrumental, de modo que las dilaciones indebidas **vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva**.

Por ello, *una justicia tardía equivale a una denegación de justicia*, la cual puede ser desterrada cuando el actor que acude al órgano jurisdiccional encuentra una respuesta satisfactoria a su pretensión.

---

<sup>216</sup> CALAMANDREI citado por Manuel Ortells Ramos (2008) Proceso Civil Práctico, Tomo IX. 3ra Edición. La Ley. Madrid - España. Pag 1046.

<sup>217</sup> ROCCO, Ugo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires - Argentina. Editorial Depalma. 1977. Pág.57.

<sup>218</sup> CHAMORRO BERNAL, Francisco. La Tutela Judicial Efectiva. Barcelona - España. Editorial Bosch.1994. Pág. 286.

**Chiovenda** nos dice que la petición de una medida cautelar importa en sí misma el ejercicio de un derecho; es decir, que la facultad de recurrir al órgano jurisdiccional, viene a ser entonces un derecho autónomo, que compete tanto al actor como al demandado y aún a los terceros ajenos al proceso, el cual puede ser ejercido independientemente o en forma incidental (antes o después de la acción principal).<sup>219</sup>

Por consiguiente, acudir al órgano jurisdiccional en busca de la concesión de una determinada medida cautelar *que asegure el pronunciamiento de la decisión final en el proceso*, constituye el poder jurídico actual, la pretensión o el ejercicio del derecho que tiene un fin expreso: ***el cumplimiento de lo que dispone el orden jurídico o la actualización de la voluntad de tutela jurídica.***

El profesor **Monroy Palacios** conceptúa a la medida cautelar como aquel instituto procesal a través del cual el órgano jurisdiccional, a petición de parte, *adelanta ciertos efectos o todos de un fallo definitivo*, al admitir la existencia de una *apariencia de derecho y el peligro* que puede significar la demora producida por la espera del fallo definitivo o la actuación de una prueba.<sup>220</sup>

**Noro Villagra** refiere que en la práctica estas medidas cautelares permiten al acreedor asegurarse contra el riesgo de no ser pagado recurriendo a dos técnicas: *convertir en inalienables los bienes del deudor o gravarlos con garantías que confieren al acreedor un derecho de ejecución si estos bienes cambian de manos.*<sup>221</sup>

La cancelación de las medidas cautelares está ligada a dos aspectos sustanciales en su existencia, tales como la ***provisoriedad*** e ***instrumentalidad***, por un lado, porque siendo éstas

---

<sup>219</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. Instituciones del Derecho Procesal Civil. Madrid - España. Editorial Bookseller. 1998. Pág. 199.

<sup>220</sup> MONROY PALACIOS, Juan José. Bases para la formación de una Teoría Cautelar. Lima - Perú. Editorial Industria Gráfica. Pág. 85-86.

<sup>221</sup> NORO VILLAGRA, Jorge. Las Medidas Cautelares. Editorial Platense. La Plata - Argentina. 2001. Pág. 111-119.

provisorias, tienen un punto de partida (otorgamiento), un tiempo de vigencia (ejecución) y un espacio terminal (cancelación); y por otro lado, porque éstas tres etapas mencionadas se encuentran siempre relacionadas al proceso principal instaurado por el accionante.

**María Pía Calderón** nos dice que como instrumento que es la medida cautelar necesariamente debe cumplir su función en relación al proceso principal; es decir, a la tutela jurisdiccional que en él se presta. La medida cautelar se extingue, pues ésta aún cuando produce sus efectos desde el momento que es concedida, tiene una duración que está supeditada al proceso principal, debiendo existir necesariamente una correlación entre la medida que se va a adoptar y el posible contenido de la sentencia; vale decir, que los efectos que se derivan de la resolución cautelar deben ser adecuados para cumplir la función de **asegurar la efectividad y eficacia de la resolución definitiva**.<sup>222</sup>

**Ángeles Jové** expresa que el procedimiento cautelar no constituye un fin en sí mismo, pues se crea y desarrolla en función del proceso principal. Así, tener el carácter instrumental significa estar **preordenado al contenido de una decisión definitiva**. Por ello, se concibe el procedimiento cautelar como una forma de tutela mediata; es decir, como garantía del eficaz funcionamiento de la justicia; garantía o seguridad a los efectos del buen fin de otro proceso. En consecuencia, no tiende a la actuación del derecho, **sino a que no resulte utópica la efectividad del mismo**. Asimismo, señala que las medidas cautelares solo pueden adoptarse estando pendiente un proceso principal o, excepcionalmente, podrán obtenerse con anterioridad; y, del mismo modo, **deben extinguirse una vez finalizado el proceso principal**.

Así, la instrumentalidad determina el límite temporal del procedimiento cautelar, dado que **su inicio y extinción dependen del proceso principal** del que deriva su razón de existir. Y, los efectos que derivan de toda medida cautelar han de ser adecuados para cumplir la función asignada de asegurar la **efectividad de la resolución definitiva**.

---

<sup>222</sup> PÍA CALDERÓN, María. Las Medidas Cautelares. Citada por Mariano Peláez Bardales en el Proceso Cautelar. Lima - Perú. Editorial Grijley. 2005. Pág. 11-12.

Consecuentemente, debido al carácter instrumental de las medidas cautelares su duración queda limitada a la del proceso principal en función del cual fueron acordadas, extinguiéndose con la finalización del mismo.<sup>223</sup> En otras palabras, la citada autora establece que la instrumentalidad hace que las medidas cautelares extingan su eficacia **ipso iure**, en el momento en que la resolución del proceso principal adquiere la autoridad de cosa juzgada.

De manera que, la cancelación en sede cautelar se traduce en el cese de los efectos y vigencia de la medida cautelar válidamente dictada. Por lo tanto, podemos decir que las medidas cautelares aparecen como los medios jurídico -procesales que tienen por función **evitar que se realicen actos que impiden o dificulten la efectividad de la satisfacción de la pretensión**, y esa función se lleva a cabo mediante una incidencia en la esfera jurídica del demandado adecuada y suficiente para producir ese efecto.

#### **b. Doctrinas que son modificadas parcialmente con los resultados empíricos**

No se han podido ubicar doctrinas que modifiquen parcialmente los resultados empíricos, dado que la mayoría de las posiciones doctrinarias o bien fortalecen o amplían los resultados empíricos o los rechazan integralmente, tal y como se podrá apreciar en el desarrollo de los siguientes puntos.

#### **c. Doctrinas que son rechazadas por los resultados empíricos**

El Dr. Martin Hurtado Reyes manifiesta que el proceso sólo será un instrumento útil para la sociedad, **si sirve para otorgar tutela en situaciones en las que se afecten los derechos de aquellos que la conforman**, si no cumple este propósito no se justifica su existencia, pues debemos recordar que el proceso no es un fin en sí mismo, sino que **sirve de instrumento para dar satisfacción a aquellos titulares de derecho que en determinadas circunstancias se ven afectados**, instrumento (proceso), que además, resulta importante para la actividad jurisdiccional, dado que es el mecanismo privilegiado que tiene el Estado para ejercer la función jurisdiccional encomendada por la Constitución (otorgar tutela efectiva). Y, en el tema materia de

---

<sup>223</sup> ÁNGELES JOVÉ, María. Medidas Cautelares Innominadas en el Proceso Civil. Barcelona - España. Editorial Bosch. 1995. Pág. 142-144.

la investigación considera: “(...) Somos conscientes que de producirse la extinción de la medida cautelar ejecutada **los perjuicios serían considerables** para su titular pero en circunstancias como las descritas **resulta más que necesario decidirse por la cancelación de la misma(...)**”, refiriéndose a la ausencia de los requisitos de verosimilitud del derecho y de peligro en la demora con una sentencia desestimatoria para la revocabilidad de la medida cautelar.<sup>224</sup>

**Coral Arangüena Fanego** sostiene que: “Ciertamente es que en el supuesto en que se desestima la demanda la medida cautelar pierde su eficacia porque ha desaparecido ese <*fumus boni iuris*> que se consideró existente al momento de la concesión. *Sería absurdo que la medida cautelar sobreviviera a la sentencia desestimatoria, aún cuando no sea todavía firme(...)*”.<sup>225</sup>

Para la **Dra. Marcela Montenegro**<sup>226</sup> la existencia del proceso cautelar, depende de la de otro proceso, cualquiera sea su naturaleza, ya se trate de uno de conocimiento o de uno de aquellos denominados en la doctrina “sumarios” y en nuestro código procesal civil, como de ejecución y, en conclusión, “procesos de conocimiento limitado”. Igualmente, **la vida y objetivos de la medida cautelar, se vinculan y entremezclan con la vida y resultados del proceso principal**, con el cual el cautelar se encuentra sólidamente relacionado. Si bien hay autonomía, en cuanto a la medida cautelar no incide sobre los resultados del proceso principal en el cual se adopta; no es posible desconocer que **el éxito de la pretensión planteada en dicho proceso, por el peticionante de la cautela, influye directamente sobre la vida de esta medida, conforme se aprecia del art. 630.**”<sup>227</sup>

---

<sup>224</sup> HURTADO REYES, Martín. Tutela Jurisdiccional Diferenciada. Lima - Perú. Editorial Palestra Editores. 2006. Págs. 203-204.

<sup>225</sup> ARANGÜENA FANEGO, Coral. Citado por Eugenia Ariano Deho en Problemas del Proceso Civil. Lima - Perú. Editorial Jurista Editores. 2003. Pág. 642.

<sup>226</sup> MONTENEGRO CANNON, Marcela. La Cautela en El Proceso Civil Peruano, Gráfica Horizonte. Lima-Perú. 2000. Pág. 18.

<sup>227</sup> Cabe destacar que esta posición doctrinaria justifica la existencia del artículo 630 del C.P.C. antes de su modificatoria por el Decreto Legislativo N.º 1069, del 28 de junio del 2008.

La profesora peruana **Eugenia Ariano Deho** en opinión contraria ha destacado en sus apuntes sobre la duración temporal de la tutela cautelar, lo siguiente: “Si la tutela cautelar está instrumentalmente conectada a la tutela de fondo, sobrevenida ésta a favor del demandado, aún cuando la sentencia no sea aún firme, resulta lógico y coherente con su naturaleza que **ésta desaparezca** pues - la instrumentalidad no habrá funcionado - , por lo cual sería absurdo que habiéndose determinado por sentencia de fondo la inexistencia del derecho que se estaba resguardando con la tutela cautelar, ésta se mantenga en vida, dándosele una autoridad mayor de aquella de la sentencia en primera instancia, dictada en base a una cognición, normalmente plenaria, sobre la controversia. Sería no sólo absurdo sino inclusive perverso que la tutela cautelar **conservara su eficacia hasta que el proceso de fondo concluyera definitivamente**, vale decir, hasta que la sentencia de fondo alcanzara aquella firmeza que solemos llamar cosa juzgada.” Continúa la destacada profesora de derecho procesal indicando que la regulación de la cancelación de la medida cautelar en el artículo 630 del Código Procesal Civil contenía una **solución correcta y sustancialmente justa**.<sup>228</sup>

## 2.2. Propuesta como aporte a la doctrina jurídica

En primer lugar, es preciso mencionar que las denominadas medidas cautelares en el proceso civil cumplen dos funciones muy marcadas e importantes: la primera, porque actúan como *medios de satisfacción de intereses que esperan una respuesta del órgano jurisdiccional*; y la segunda, porque *operan como un reaseguro de la sentencia*, dado que también está de por medio el interés del mismo órgano jurisdiccional para hacer eficaces sus decisiones.

Teniendo en cuenta que las medidas cautelares están destinadas en principio a **asegurar el resultado del proceso**, no cabe la cancelación de la medida cautelar cuando se obtiene sentencia desfavorable en primera o segunda instancia, sino que la misma debe mantenerse hasta la conclusión del mismo. La inadecuada regulación normativa sobre el particular venía ocasionando serios perjuicios a los demandantes, los mismos que se veían impotentes de

---

<sup>228</sup> ARIANO DEHO, Eugenia. Problemas del Proceso Civil. Editorial Jurista Editores. Lima - Perú. 2003. Pág. 642.

asegurar el resultado de su proceso, ya que la parte demandada aprovecha la oportunidad para deshacer la defensa jurídica ejercitada por el actor a través de la medida cautelar.

Por lo tanto, se requiere una visión más garantista que ayude a un mejor tratamiento normativo sin desproteger a la parte afectada con la medida cautelar, para que nuestros órganos jurisdiccionales lo apliquen con precisión y celeridad, porque no cabe que una resolución que por el hecho que no quedó firme, ni mucho menos consentida pueda dar lugar a que la medida cautelar se cancele, sin sopesar las dificultades que impone una petición cautelar admitida, sin tomar en cuenta que el superior jerárquico bien puede revocar y, más aún, con dicha decisión se requería de otra petición de medida cautelar, logrando con ello graves perjuicios al solicitante. Ninguna propuesta normativa puede ser perfecta, siempre será inacabada, pero se debe privilegiar aquellas que sean más garantistas para los justiciables y para la eficacia del sistema de justicia de un país, que logre equilibrar y dar solución a los problemas que día a día se presentan.

Por ello, considero que es imprescindible repensar qué consideramos constituye la finalidad de las medidas cautelares, sino es el de ***asegurar la decisión final a recaer en el proceso principal***, la cual va a ser decisiva y beneficiosa para el accionante que recurre al órgano jurisdiccional en busca de tutela judicial efectiva, si está protegido con alguna determinada medida cautelar, la misma que va a salvaguardar el derecho invocado hasta que se obtenga una decisión judicial definitiva.

Finalmente, debo señalar que tengo la plena seguridad que este aporte a la doctrina jurídica va a permitir que los demandantes no vean frustradas sus expectativas de hacer efectiva la sentencia que les concede el derecho de manera definitiva mediante una sentencia con autoridad de cosa juzgada, motivo por el cual considero que la cancelación de la medida cautelar, debe hacerse efectiva recién cuando el proceso principal haya concluido y no como ocurría anteriormente, *al momento en que en primera instancia se desestimaba la demanda*. Así, de esta manera se evita la inseguridad jurídica que venía ocasionando la cancelación de la medida cautelar de pleno derecho.



### **3. APOORTE A LA NORMATIVIDAD JURÍDICA**

#### **3.1. Formulación de premisas doctrinarias**

Las premisas doctrinarias que se han logrado obtener en virtud a los resultados empíricos del problema jurídico social planteado, son los siguientes:

- El proceso sólo será eficaz para la sociedad, en la medida en que esté destinado a otorgar tutela jurisdiccional en situaciones en las que se *afecten los derechos de aquellos que la conforman*, pues el Estado tiene como uno de sus deberes fundamentales salvaguardar los derechos de todos los ciudadanos a través de la actividad desempeñada por el órgano jurisdiccional.
- La solicitud de una medida cautelar debe importar en sí misma el ejercicio de un derecho; es decir, la facultad de recurrir al órgano jurisdiccional, motivo por el cual se constituye en un derecho autónomo, que compete tanto al actor (demandante) como al demandado.
- La cancelación de la medida cautelar no debe justificarse ni ampararse en la imposibilidad de mantener vigente una medida cautelar, sosteniendo que ello sólo perjudica a una de las partes y considerar que esto equivale a un desequilibrio en la relación horizontal o de igualdad que debe existir entre las partes.
- Lo que debe primar es la finalidad primordial que persiguen las medidas cautelares, motivo por el cual éstas deben mantenerse hasta que se expida una resolución judicial final; en términos generales, con ello se va a salvaguardar los derechos de la parte demandante que obtenga una sentencia favorable recién en segunda instancia o ante la Corte Suprema, no vulnerándose de esa manera el derecho protegido desde el inicio del proceso judicial, en caso que preliminarmente se obtenga una sentencia desestimatoria en Primera Instancia.

#### **3.2. Identificación de las normas jurídicas de la legislación nacional vigente sobre el problema**

Texto vigente del Artículo 630 del Código Procesal Civil:

*“Si la sentencia de primera instancia desestima la demanda, la medida cautelar queda cancelada, aunque aquella hubiere sido impugnada. Sin embargo, a pedido del solicitante el Juez podrá mantener la vigencia de la medida hasta su revisión por la instancia superior, siempre que se ofrezca contracautela de naturaleza real o fianza solidaria”.*

Texto vigente del Artículo 636 del Código Procesal Civil:

*“Ejecutada la medida antes de iniciado el proceso principal, el beneficiario debe interponer su demanda ante el mismo Juez, dentro de los diez días posteriores a dicho acto. Cuando el procedimiento conciliatorio extrajudicial fuera necesario para la procedencia de la demanda, el plazo para la interposición de ésta se computará a partir de la conclusión del procedimiento conciliatorio, el que deberá ser iniciado dentro de los cinco días hábiles de haber tomado conocimiento de la ejecución de la medida.*

*Si no se interpone la demanda oportunamente, o ésta es rechazada liminarmente, o no se acude al centro de conciliación en el plazo indicado, la medida cautelar caduca de pleno derecho. Dispuesta la admisión de la demanda por revocatoria del superior, la medida cautelar requiere nueva tramitación”.*

3.3. Identificación de las normas jurídicas de la legislación comparada revisada que coincide con los resultados empíricos y el aporte a la teoría jurídica y a la doctrina jurídica

### 3.3.1. Identificación de normas jurídicas de la legislación comparada que coinciden con los resultados empíricos:

#### a. Nueva Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil de España

En principio, es preciso mencionar que España es un país que ha reformado su ordenamiento procesal civil, dado que se ha derogado la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, promulgándose la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, vigente desde el 07 de enero del año 2000.

La finalidad primordial que persigue toda medida cautelar, cual es la de **“asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva”**, ello lo encontramos en el **Artículo 721** de la Novísima Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil de España que señala lo siguiente: **“Se adoptarán todas las medidas que se consideren necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare”**.

La Ley de Enjuiciamiento Civil Española ha establecido en su **Artículo 730** que, **se podrán solicitar medidas cautelares junto con la demanda principal o de lo contrario, antes de la demanda, siempre que quien las solicita alegue y acredite las razones de urgencia o necesidad**.

El artículo **744 numeral 1** de la Ley 1/2000 –antes de su modificatoria- señalaba lo siguiente:

“Absuelto el demandado en primera o segunda instancia, el tribunal ordenará el inmediato alzamiento e las medidas cautelares adoptadas, salvo que el recurrente solicitase su mantenimiento o la adopción de alguna medida distinta y el tribunal, oída la parte contraria, **atendidas las circunstancias del caso y previo aumento del importe de la caución**, considere procedente acceder a la solicitud mediante auto.

El artículo **745** de la Nueva Ley 1/2000, referido al alzamiento de la medida cautelar tras sentencia absolutoria firme, el cual ha previsto que: **“Estando firme una sentencia absolutoria,**

*sea en el fondo o en la instancia, se alzarán de oficio todas las medidas cautelares adoptadas...*<sup>229</sup>

#### **b. Código General del Proceso de Uruguay**

El Código General del Proceso de Uruguay fue aprobado el 18 de octubre de 1988 mediante Ley N° 15982 por el Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, reunidos en Asamblea General. El precitado Código General del Proceso entró en vigencia a partir del 20 de noviembre de 1989. No obstante a ello, se han dado diversas modificaciones a su articulado mediante numerosas Leyes.

Así tenemos que en su Título II regula todo lo concerniente al Proceso Cautelar, estableciendo en su Capítulo I las Disposiciones Generales y según su **Artículo 312 lo siguiente**: “Podrán adoptarse las medidas cautelares cuando el tribunal estime que son *indispensables para la protección de un derecho y siempre que exista peligro de lesión o frustración del mismo por la demora del proceso*”.

Asimismo, en su Capítulo II regula todo lo concerniente al Procedimiento de las Medidas Cautelares, siendo su **Artículo 317.1** el que establece lo siguiente: “El Tribunal podrá adoptar las medidas provisionales que juzgue adecuadas o anticipar la realización de determinadas diligencias, *para evitar que se cause a la parte antes de la sentencia, una lesión grave o de difícil reparación o para asegurar provisionalmente la decisión sobre el fondo*”.<sup>230</sup>

Como podemos apreciar, este Código General del Proceso en los dos artículos descritos anteriormente (**Artículo 312 y 317.1**) hace referencia a la finalidad de las medidas cautelares, con el único objetivo de salvaguardar los derechos de quien está a la espera de una decisión judicial firme que ampare el derecho invocado.

#### **c. Código de Procedimientos Civiles de Venezuela**

---

<sup>229</sup> NUEVA LEY 1/2000 DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE ESPAÑA. Título VI: “De las Medidas Cautelares”. Artículo 745°.

<sup>230</sup> CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO DE URUGUAY. Título II - Libro II. Artículo 317°.1.

Este Código fue promulgado el 20 de julio de 1990 y entró en vigencia el 02 de agosto de 1990. Dedicó el Libro III a la regulación “Del Procedimiento Cautelar y Otras Incidencias”, a través de tres títulos.

Sobre el particular, es pertinente hacer referencia al poder cautelar, dado que en la legislación venezolana se entiende como la facultad del órgano jurisdiccional para dictar durante el contradictorio, ***medidas que aseguren la eficacia de lo que pudiera ser sentenciado en definitiva.***

De tal manera que, en el Título I del Código de Procedimientos Civiles bajo comentario, ubicamos a las **Medidas Preventivas** (medidas cautelares para la legislación peruana), estableciéndose en su **Artículo 585**, que cualquier medida preventiva prevista en ese Título será decretada por el Juez, sólo cuando se cumpla con los siguientes requisitos: “*Que exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo, que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de la circunstancia descrita en el punto anterior y que se pruebe fehacientemente el derecho que se reclama*”.<sup>231</sup>

#### **d. Código de Procedimiento Civil de Chile**

El Código de Procedimiento de Chile, fue aprobado el 01 de marzo de 1903 mediante Ley N° 1.552 y ha previsto en su Libro Segundo, Título V, **Artículos 290 al 302** todo lo concerniente a las **Medidas Precautorias**.

Así, en su **Artículo 290** establece que: “Para ***asegurar el resultado de la acción***, puede el demandante en cualquier estado del juicio, aún cuando no esté contestada la demanda, pedir una o más de medidas precautorias”.

---

<sup>231</sup> CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE VENEZUELA. Libro III: “Del Procedimiento Cautelar y Otras Incidencias”. Artículo 585°.

Específicamente en su **Artículo 296** regula la “Prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados” como una medida precautoria, señalando que dicha medida “Podrá decretarse con relación a los bienes que son materia del juicio, y también respecto de otros bienes determinados del demandado, cuando sus facultades no ofrezcan suficiente garantía para asegurar el resultado del juicio”.

Asimismo, en su **Artículo 301** hace referencia a una de las características que presentan las medidas cautelares (para la legislación peruana), establecido que: “Las medidas precautorias son esencialmente **provisionales**. En consecuencia, deberán cesar **siempre que desaparezca el peligro que se ha procurado evitar** o cuando se otorguen cauciones suficientes”.

### 3.3.2. Identificación de normas jurídicas de la legislación comparada que contradicen los resultados empíricos:

- a. **Ley 1/2000** de Enjuiciamiento Civil de España, en su artículo 744 Numeral 1 establece actualmente de acuerdo con la **Ley 37/2011**, del 10 de octubre de 2011, lo siguiente:  
“**Absuelto el demandado en primera o segunda instancia, el Secretario judicial ordenará el alzamiento de las medidas cautelares adoptadas**, si el recurrente no solicitase su mantenimiento o la adopción de alguna medida cautelar distinta en el momento de interponer recurso contra la sentencia. En este caso se dará cuenta al tribunal, que oída la parte contraria y con anterioridad a remitir los autos al órgano competente para resolver el recurso contra la sentencia, resolverá lo procedente sobre la solicitud, **atendiendo a la subsistencia de los presupuestos** y circunstancias que justificasen el mantenimiento o la adopción de dichas medidas.”

En tal sentido, podemos establecer que las medidas precautorias son eminentemente provisionales, manteniendo su vigencia hasta cuando **desaparezca el peligro que originó la**

**concesión de dicha medida precautoria** (*medida cautelar para la legislación peruana*).<sup>232</sup> Y, ese peligro procesal recién culminará cuando el proceso principal adquiera la calidad de cosa juzgada a través de una “sentencia firme” más no cuando se obtenga sentencia desestimatoria en primera instancia; toda vez, que lo único que se busca mediante la medida cautelar o precautoria, es asegurar la eficacia de la decisión judicial definitiva.

Como se ha podido apreciar en el ordenamiento jurídico a nivel internacional, específicamente en los Códigos Procesales de diversos países como Colombia, Chile, Uruguay y Venezuela se mantiene una posición uniforme respecto a la finalidad que persiguen las medidas cautelares como es asegurar la eficacia de la decisión definitiva a recaer en el proceso judicial instaurado, medidas precautorias, medidas provisionales, medidas preventivas, entre otras denominaciones para las legislaciones acotadas. Sin embargo, existe una posición bastante contraria con relación a la extinción o cancelación de las medidas cautelares cuando se obtiene una sentencia absolutoria para el demandado en la instancia de acuerdo con el actual ordenamiento procesal civil español, que está sujeta a la permanencia de los presupuestos para la concesión de la medida cautelar, con lo cual al no pervivir el elemento de verosimilitud, se hace poco probable que se pueda mantener la medida cautelar, dado que sería un contrasentido que un tribunal desestime una demanda mediante una sentencia absolutoria para el demandando y aún así, considere que existe verosimilitud en el derecho para disponer que se mantenga la medida cautelar.

### 3.4. Propuesta de norma jurídica

#### a. Formulación de nueva norma para ser incorporada al Código Procesal Civil

En el presente Proyecto de Investigación no se podrá formular una nueva norma para ser incorporada en nuestro Código Procesal Civil, dado que se está cuestionando el contenido normativo de dispositivos legales ya existentes, como es el caso de los **Artículos 613, 617, 630 y 636 del C.P.C**. Por ello, solo nos limitaremos a formular las propuestas de modificación de los mencionados artículos en la forma de se detalla posteriormente.

---

<sup>232</sup> CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE CHILE. Libro Segundo. Título V. Artículos 290° - 302°: Medidas Precautorias.

- a. **Formulación de las normas modificatorias o sustitutoria de las existentes en el Código Procesal Civil.**

**TEXTO VIGENTE DEL ARTÍCULO 613 DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL:**

Artículo 613.- Contracautela y discrecionalidad del juez

La contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución.

La admisión de la contracautela, en cuanto a su naturaleza y monto, es decidida por el juez, quien puede aceptar la propuesta por el solicitante, graduarla, modificarla o, incluso, cambiarla por la que sea necesaria para garantizar los eventuales daños que pueda causar la ejecución de la medida cautelar.

La contracautela puede ser de naturaleza real o personal. Dentro de la segunda se incluye la caución juratoria, la que puede ser admitida, debidamente fundamentada, siempre que sea proporcional y eficaz. Esta forma de contracautela es ofrecida en el escrito que contiene la solicitud de medida cautelar, con legalización de firma ante el secretario respectivo.

La contracautela de naturaleza real se constituye con el mérito de la resolución judicial que la admite y recae sobre bienes de propiedad de quien la ofrece; el juez remite el oficio respectivo para su inscripción en el registro correspondiente.

**En caso de ejecución de la contracautela, esta se actúa, a pedido del interesado, ante el juez que dispuso la medida y en el mismo cuaderno cautelar; el que resuelve lo conveniente previo traslado a la otra parte.**

Cuando se admite la contracautela sometida a plazo, ésta queda sin efecto, al igual que la medida cautelar, si el peticionante no la prorroga u ofrece otra de la misma naturaleza o eficacia, sin necesidad de requerimiento y dentro del tercer día de vencido el plazo.”

**PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 613 DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL**

Modifíquese el párrafo quinto del **artículo 613**:



“En cualquier estado del proceso, la parte contra quien se hubiere hecho efectiva la medida cautelar podrá pedir que se mejore la caución, probando que la misma resulta insuficiente. El Juez resolverá, previo traslado a la otra parte.

En caso el proceso haya concluido con resolución firme desfavorable para el demandante, el afectado con la medida cautelar puede solicitar con el basamento correspondiente **se fije una indemnización por los daños producidos**, el mismo que se correrá traslado por el plazo de tres días. El auto que fije la indemnización será apelable sin efecto suspensivo en el plazo de tres días. Requerido el pago, si no lo abonara dentro de tercero día, se procederá de inmediato a su ejecución forzosa.”

#### **TEXTO VIGENTE DEL ARTÍCULO 617 DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL:**

**Artículo 617.-** A pedido del titular de la medida y en cualquier estado del proceso puede variarse ésta, sea modificando su forma, variando los bienes o derechos sobre los que recae o su monto, o sustituyendo al órgano de auxilio judicial.

La parte afectada con la medida puede efectuar similar pedido, el que será resuelto previo traslado a la otra parte por el plazo de tres días.

Para resolver estas solicitudes, el Juez atenderá a las circunstancias particulares del caso. La decisión es apelable sin efecto suspensivo.

#### **PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 617 DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL**

“Las medidas cautelares podrán ser modificadas en cualquier estado del proceso probando hechos y circunstancias que no pudieron tenerse en cuenta al tiempo de su concesión, previa notificación a la parte contraria. El Juez resolverá atendiendo a las circunstancias particulares del caso. La decisión es apelable sin efecto suspensivo.”

#### **Texto Vigente del Artículo 630 del Código Procesal Civil:**

*“Si la sentencia de primera instancia desestima la demanda, la medida cautelar queda cancelada de pleno derecho, aunque aquella hubiere sido impugnada. Sin*

*embargo, a pedido del solicitante el Juez podrá mantener la vigencia de la medida hasta su revisión por la instancia superior, siempre que se ofrezca contracautela de naturaleza real o fianza solidaria”.*

#### **PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 630 DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL:**

“Una vez concluido definitivamente el proceso judicial respectivo en sentido desfavorable al demandante, se cancelarán de oficio todas las medidas cautelares. Lo mismo se ordenará en los casos de desistimiento de todas las pretensiones o del proceso.

Si la estimación de la demanda en primera o segunda instancia fuese parcial o totalmente desestimatoria, el peticionante dentro del plazo para apelar de la resolución desfavorable, podrá solicitar al Juez se mantenga su vigencia o su modificación. Para ello, el juez podrá exigir el otorgamiento de mayores garantías o la sustitución de la contracautela frente a los mayores riesgos de posibles daños que pudieren generarse.

#### **Texto Vigente del Artículo 636 del Código Procesal Civil:**

*“Ejecutada la medida antes de iniciado el proceso principal, el beneficiario debe interponer su demanda ante el mismo Juez, dentro de los diez días posteriores a dicho acto. Cuando el procedimiento conciliatorio extrajudicial fuera necesario para la procedencia de la demanda, el plazo para la interposición de ésta se computará a partir de la conclusión del procedimiento conciliatorio, el que deberá ser iniciado dentro de los cinco días hábiles de haber tomado conocimiento de la ejecución de la medida.*

*Si no se interpone la demanda oportunamente, o ésta es rechazada liminarmente, o no se acude al centro de conciliación en el plazo indicado, la medida cautelar caduca de pleno derecho. Dispuesta la admisión de la demanda por revocatoria del superior, la medida cautelar requiere nueva tramitación”.*

#### **Propuesta de Texto Modificadorio del Artículo 636 del Código Procesal Civil:**

*“Ejecutada la medida antes de iniciado el proceso principal, el beneficiario debe interponer su demanda ante el mismo Juez, dentro de los diez días posteriores a dicho acto.*

*Cuando el procedimiento conciliatorio extrajudicial fuera necesario para la procedencia de la demanda, el plazo para la presentación de ésta se computará a partir de la conclusión del procedimiento conciliatorio, el que deberá ser iniciado dentro de los cinco días hábiles siguientes de haber tomado conocimiento de la ejecución de la medida. La demanda en este caso, se deberá presentar dentro de los diez días hábiles siguientes de concluido el procedimiento conciliatorio.*

*Si no se interpone la demanda oportunamente, o no se acude al centro de conciliación en el plazo indicado, la medida cautelar quedará sin efecto. El órgano jurisdiccional a pedido de parte o de oficio dispondrá la cancelación de las medidas cautelares dispuestas.*

*Dispuesto el rechazo de la demanda en primera instancia, el peticionante de la medida cautelar podrá solicitar al Juez la permanencia o modificación de la medida cautelar dentro del plazo de vigencia de la apelación, otorgando mayores garantías, frente a los mayores riesgos de daños que pudieren generarse, de ser necesario.*

### **3.5. Proyecto de Ley que debe aprobarse y promulgarse como contribución a la solución del problema investigado**

#### **PROYECTO DE LEY N.º**

#### **CONSIDERANDO:**

Que, la tutela cautelar constituye una tutela mediata, pues más que hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia, por lo que las decisiones cautelares están dirigidas, mas que a defender los derechos subjetivos, a garantizar la eficacia y seriedad de la función jurisdiccional.

Que, las medidas cautelares se disponen en interés de los individuos, así como en interés de la impartición de justicia, de la que garantizan el buen funcionamiento y también su buen nombre;

Que, las medidas cautelares coadyuvan a la buena marcha de los procesos judiciales a partir de la detección de situaciones que atentan contra la celeridad procesal;

Que, es rasgo consustancial de toda medida cautelar su carácter instrumental, dado que constituye un instrumento para garantizar que una decisión judicial definitiva despliegue plenamente sus efectos materiales y jurídicos;

Que, es indispensable garantizar la eficacia de la decisión judicial a recaer en el proceso principal, para lo cual es necesario mantener los efectos de las medidas cautelares hasta que el proceso culmine; así como mejorar la regulación de la reparación de las personas afectadas con medidas cautelares que han devenido en arbitrarias al concluir el proceso en forma definitiva.

### **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

Nuestro país cuenta con una serie de dispositivos legales que tienden a salvaguardar los derechos de quienes acceden al órgano jurisdiccional en busca de tutela judicial efectiva, la misma que es proporcionada a través de las denominadas medidas cautelares previstas en los Artículos 642 al 687 del Código Procesal Civil vigente.

Que, si bien el artículo 613 del Código Procesal Civil regula el tema de la contracautela, no se establece el derecho del afectado con una caución insuficiente a solicitar su mejoramiento, por los posibles daños que pueda sufrir y dar lugar a una reparación a futuro, por lo que se hace necesario regular este derecho, más aún, si es concedida sin el conocimiento de la parte contraria.

Mediante el Artículo 608 del Código Procesal Civil, se ha previsto que todo Juez puede, a pedido de parte, dictar medida cautelar antes de iniciado un proceso o dentro de éste, destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva. En este orden de ideas, se aprecia una defectuosa regulación del artículo 617 del Código Procesal Civil con respecto a la variación de las medidas cautelares, dado que el criterio asumido por el Juez mediante una resolución que admite una medida cautelar es que solo podría ser variada del análisis de nuevos elementos de hecho o de derecho que no tuvo en cuenta al momento de adoptar la providencia, sin embargo, la regulación actual, permite inferir que ello no sería necesario para un cambio de posición, por lo cual es necesario precisar los alcances de la facultad de los jueces.

Se debe modificar el Artículo 630 del Código Procesal Civil, a fin garantizar la ejecución del derecho pretendido por el demandante, así como proteger al afectado mediante la reparación correspondiente, en caso concluya el proceso con resolución firme que ponga fin al proceso en sentido desfavorable al demandante.

### **EFFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA**

El presente Proyecto de Ley, de aprobarse permitirá que el accionante que recurre al órgano jurisdiccional en busca de la concesión de una determinada medida cautelar que asegure el pronunciamiento de la decisión final en el proceso, tenga la plena seguridad y confianza de alcanzar una verdadera tutela judicial efectiva. Asimismo, que sea variada por causas justificadas, y que el afectado con la medida pueda solicitar un mejoramiento en la caución a fin de protegerse de los posibles daños y perjuicios que pueda sufrir. También regular el derecho para que solicite reparación en caso de desistimiento de todas las pretensiones y del proceso.

### **ANÁLISIS COSTO - BENEFICIO DE LA NORMA**

Que, debemos tener presente que su aplicación en nuestro ordenamiento jurídico procesal, es para dar una mejor solución de forma regulativa a la problemática que se viene ocasionando con lo previsto en el Artículo 630 del Código Procesal Civil vigente, pues lo único que se busca es salvaguardar los derechos de quienes recurren al órgano jurisdiccional en busca de tutela efectiva a través de la concesión de una medida cautelar, la misma que deberá mantenerse hasta que el proceso principal culmine con una decisión judicial firme; por tal motivo considero que dicha modificación no generará mayor gasto adicional al erario nacional, muy por el contrario con ello se estaría garantizando una verdadera tutela cautelar en beneficio de los accionantes y del Sistema de Justicia Nacional, haciéndolo más efectivo y mejorando en brindar seguridad jurídica a las partes; evitando la mala fe procesal que no es amparada por el derecho.

Por lo expuesto, se propone las fórmulas legales siguientes:

### **EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA HA DADO LA SIGUIENTE LEY:**

### **PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 613, 617, 630 y 636 DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL**

**ARTÍCULO ÚNICO.-** Modificar los Artículos 613, 617, 630 y 636 del Código Procesal Civil, los mismos que quedarán redactados de la manera siguiente:

Modifíquese el párrafo quinto del **artículo 613**:

“En cualquier estado del proceso, la parte contra quien se hubiere hecho efectiva la medida cautelar podrá pedir que se mejore la caución, probando que la misma resulta insuficiente. El Juez resolverá, previo traslado a la otra parte.

El afectado con la medida cautelar puede solicitar con el basamento correspondiente se fije una indemnización por los daños producidos, el mismo que se correrá traslado por el plazo de tres días. El auto que fije la indemnización será apelable sin efecto suspensivo en el plazo de tres días. Requerido el pago, si no lo abonara dentro de tercero día, se procederá de inmediato a su ejecución forzosa.”

#### **Artículo 617.- Variación**

A pedido del titular de la medida y en cualquier estado del proceso puede variarse ésta, sea modificando su forma, variando los bienes o derechos sobre los que recae o su monto, o sustituyendo al órgano de auxilio judicial.

La parte afectada con la medida puede efectuar similar pedido, el que será resuelto previo traslado a la otra parte por el plazo de tres días.

Para resolver estas solicitudes, el Juez atenderá a las circunstancias particulares del caso. La decisión es apelable sin efecto suspensivo.

#### **Artículo 630.- Cancelación de las Medidas Cautelares**

Una vez concluido definitivamente el proceso judicial respectivo en sentido desfavorable al demandante, se cancelarán de oficio todas las medidas cautelares. Lo mismo se ordenará en los casos de desistimiento de todas las pretensiones o del proceso.

Si la estimación de la demanda en primera o segunda instancia fuese parcial o totalmente desestimatoria, el peticionante dentro del plazo para apelar de la resolución desfavorable, podrá solicitar al Juez se mantenga su vigencia o su modificación. Para ello, el juez podrá exigir el otorgamiento de mayores garantías o la sustitución de la contracautela frente a los mayores riesgos de posibles daños que pudieren generarse.

**Artículo 636.- Medida Cautelar fuera del proceso**

*“Ejecutada la medida antes de iniciado el proceso principal, el beneficiario debe interponer su demanda ante el mismo Juez, dentro de los diez días posteriores a dicho acto.*

*Cuando el procedimiento conciliatorio extrajudicial fuera necesario para la procedencia de la demanda, el plazo para la presentación de ésta se computará a partir de la conclusión del procedimiento conciliatorio, el que deberá ser iniciado dentro de los cinco días hábiles siguientes de haber tomado conocimiento de la ejecución de la medida. La demanda en este caso, se deberá presentar dentro de los diez días hábiles siguientes de concluido el procedimiento conciliatorio.*

*Si no se interpone la demanda oportunamente, o no se acude al centro de conciliación en el plazo indicado, la medida cautelar quedará sin efecto. El órgano jurisdiccional a pedido de parte o de oficio dispondrá la cancelación de las medidas cautelares dispuestas.*

*Dispuesto el rechazo de la demanda en primera instancia, el peticionante de la medida cautelar podrá solicitar al Juez la permanencia o modificación de la medida cautelar dentro del plazo de vigencia de la apelación, otorgando mayores garantías, frente a los mayores riesgos de daños que pudieren generarse, de ser necesario.*

## CONCLUSIONES

1. El proceso sólo será eficaz para la sociedad, en la medida en que esté destinado a otorgar tutela jurisdiccional en situaciones en las que se afecten los derechos de aquellos que la conforman, pues el Estado tiene como uno de sus deberes fundamentales salvaguardar los derechos de todos los ciudadanos a través de la actividad desempeñada por los órganos jurisdiccionales, y los legisladores son parte clave en este proceso brindando las herramientas normativas necesarias para tales propósitos.
2. Las medidas cautelares deben extinguirse cuando el proceso principal termine. Si la pretensión interpuesta en el proceso no es estimada definitivamente, la medida debe extinguirse, porque ya no hay efectos que requieran ser asegurados. Si la pretensión ha sido estimada definitivamente, la medida debe transformarse de ser posible, porque entonces ya podrían desplegarse los efectos propios de la sentencia principal para su ejecución. Lo que debe primar es la finalidad primordial que persiguen las medidas cautelares, motivo por el que éstas deben mantenerse hasta que se expida una resolución judicial final, lo cual, en términos generales va a salvaguardar los derechos de la parte que obtenga una sentencia favorable recién en Segunda Instancia o ante la Corte Suprema, no vulnerándose de esa manera el derecho protegido desde el inicio del proceso judicial, en caso se obtenga una sentencia desestimatoria en primera o segunda instancia.
3. La regulación legal que tenía el artículo 630 del Código Procesal Civil venía generando serios inconvenientes en su aplicación, por cuanto declarada la extinción de la medida cautelar; solía ocurrir que cuando el resultado era adverso para el demandado en la instancia revisora, esta parte ya había dispuesto de los bienes o derechos que habían sido objeto de alguna medida, causando con ello un grave perjuicio a las expectativas de éxito del demandante, por lo que se hacía necesario que la tutela cautelar se mantenga, en tanto, no se produzca una decisión definitiva, que haga que la posibilidad de éxito desaparezca.
4. Las medidas cautelares surgen ante la insuficiencia del órgano jurisdiccional de garantizar que la sentencia que ampara la pretensión planteada en un proceso sea satisfecha; entonces, resultaba inadecuado que se cancelara la medida cautelar de pleno derecho en



caso la demanda fuese desestimada en primera o en segunda instancia, mientras el proceso de cognición no concluyera definitivamente. Por ello, se ha estimado conveniente la modificación del Artículo 630 del Código Procesal Civil, toda vez, que con lo preceptuado con la anterior regulación no se estaba cumpliendo con su finalidad esencial se poder asegurar en la medida posible un resultado satisfactorio u efectivo con el proceso, por cuanto la medida cautelar se cancelaba de pleno derecho en el caso que se obtuviera sentencia desfavorable en la instancia.

5. La referida modificación constituye un valioso aporte a nuestra normatividad jurídica, pues, permite que los demandantes no vean frustradas sus expectativas de hacer efectiva la sentencia cuando les conceda el derecho de manera definitiva mediante una sentencia con autoridad de cosa juzgada, frente a las posibles maniobras defensivas que pudiere ejecutar la otra parte de ponerse a buen recaudo jurídico, y no vuelva a suceder en el Perú lo acontecido en el ordenamiento español con la Ley 37/2011, que considero constituye un importante retroceso.
6. El artículo 636 del Código Procesal Civil tiene una errada regulación al asimilar una condición de rechazo liminar de la demanda con el efecto de la caducidad de la medida cautelar, que no guarda relación alguna con el transcurso del tiempo; lo cual debe ser corregido. En este sentido, se le debe dar la oportunidad al demandante, de brindar mayores o mejores garantías (contracautela), de considerarlo necesario el Juez, a fin de que se mantenga la medida cautelar concedida, dado que las instancias superiores bien podrían disponer la admisión de la demanda.
7. De la redacción original de los artículos 630 y 636 del Código Procesal Civil no se aprecia un concepto arraigado en los legisladores del ordenamiento adjetivo civil sobre la importancia que las medidas cautelares concedidas deban mantenerse hasta la conclusión del proceso de cognición, ni tampoco de un manejo técnico adecuado de la figura de la caducidad. En este sentido, la finalidad de la tutela cautelar está dirigida a hacer posible que la tutela jurisdiccional se efectivice, neutralizando los peligros derivados de la duración del proceso, por ende, es un instrumento dentro de otro instrumento de tutela que es el proceso principal.

8. La permanencia de la medida cautelar para que pueda prosperar, a pesar de existir una sentencia infundada y apelada, está condicionada en nuestra legislación a que se mejore la contracautela, pues con ello se estaría asegurando futuros daños y perjuicios que pueden generar la permanencia de la medida, sin embargo, si la medida estuviese debidamente garantizada, ello, redundaría en una exigencia normativa innecesaria y gravosa para el demandante, que tendría que ser sopesada por el Juzgador, a efecto de no dejar sin efecto innecesariamente la providencia cautelar trabada. Sin perjuicio de ello, considero que la caución podría estar orientada también a depósitos en dinero y en fianzas financieras o bancarias incondicionales y de realización automática a nombre del órgano jurisdiccional.
9. La modificación del Artículo 630 por el Decreto Legislativo N.º 1069 considero que mejoró en parte su regulación original, dado que permite solicitar al Juez que mantenga la medida cautelar hasta que el Superior Jerárquico resuelva, ante ello, cumplir con el requisito de mejorar la contracautela; con ello se está garantizando una verdadera tutela cautelar en beneficio de los accionantes y del sistema de justicia nacional, haciéndolo más efectivo y mejorando en brindar seguridad jurídica a las partes; evitando la mala fe procesal que amparaba el derecho; sin embargo, requiere ser perfeccionado, por cuanto no hay plazos definidos para su aplicación que se deben regular como se hace con la propuesta de modificación.
10. Con respecto a la variación de las medidas cautelares, no está claramente regulado en qué casos el juez podría variarla o dejarla sin efecto, dado que la regla general es que solo podría ser variada del análisis de nuevos elementos de hecho (circunstancias) o de derecho que no se tuvieron en cuenta al momento de adoptar la providencia, sin embargo, la regulación actual, permite inferir que ello no sería necesario para un cambio de posición, por lo cual es necesario precisar los alcances de la facultad de los jueces; el artículo 617 del Código Procesal Civil no debe ser interpretado como una carta blanca para que el juez deje sin efecto una medida cautelar por un simple cambio de criterio, sin tener una adecuada justificación, pese a que es dictada sin el conocimiento de la parte afectada

11. Con respecto a los daños producidos por las medidas cautelares no es que se ejecute la contracautela como lo regula el artículo 617 del Código Procesal Civil, esto constituye un efecto posterior a la determinación de los daños que debe fijar el Juez previamente como consecuencia de lo arbitraria de la medida trabada, como consecuencia de haber concluido el proceso judicial con una resolución firme que le pone fin al proceso en un sentido en el que no se ha amparado la demanda planteada a nivel judicial.

## BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

### LIBROS

1. ABELEND, César Augusto. Derecho Civil: Parte General. Buenos Aires – Argentina. Editorial Astrea. 1980.
2. ALSINA, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Buenos Aires - Argentina. Editorial Ediar. 1996.
3. ALVA ORLANDINI. Clases de Sentencia. Citado en el Diario Oficial El Peruano con fecha 18 de octubre del 2005.
4. ANDRÉS IRAZABAL, Cristina. Comentarios a La Ley de Enjuiciamiento Civil. Madrid-España. La Ley - Grupo Wolters Kluwer. 2006.
5. ÁNGELES JOVÉ, María. Medidas Cautelares Innominadas en el Proceso Civil. Barcelona - España. Editorial Bosh S.A. 1995.
6. ARANGÜENA FANEGO, Coral. Citado por Eugenia Ariano Deho en Problemas del Proceso Civil. Lima - Perú. Editorial Jurista Editores. 2003.
7. ARIETA, autor citado por Eugenia Ariano Deho en Problemas del Proceso Civil. Lima - Perú. Editorial Jurista Editores. 2003.
8. ARAUZ CASTEX, Manuel Guillermo Luis. Derecho Civil: Parte General. Buenos Aires – Argentina. Editorial Abeledo – Perrot. 1949. Tomo II.
9. ARGÜELLO, Isauro P. y Pedro Frutos. Elementos de Derecho Procesal. Buenos Aires – Argentina. Editorial de la Biblioteca Jurídica de Argentina. 1986.

10. ARIANO DEHO, Eugenia. Problemas del Proceso Civil. Lima - Perú. Editorial Jurista Editores. 2003.
11. BLASCO PELLICER, Ángel. Las Medidas Cautelares en el Proceso Laboral. Valencia-España. Editorial Civitas. 1996.
12. BARASSI, Ludovico. Instituciones de Derecho Civil. Barcelona – España. Editorial Bosch. 1995. Volumen II.
13. BASADRE GROHMANN. Historia del Derecho Peruano. Lima – Perú. Editorial Atenea. 1937.
14. CABANI BRAIN, Renzo y otros. Estudios sobre las medidas cautelares en el proceso civil. Lima. – Perú. Primera Edición. Gaceta Jurídica. 2010.
15. CALAMANDREI citado por Manuel Ortells Ramos. Proceso Civil Práctico, Tomo IX. 3ra Edición. La Ley. Madrid –España. 2008.
16. CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del Proceso Civil. Buenos Aires. Editorial Ejea.1973.
17. CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano. Barcelona – España. Editorial Bosch. 1942.
18. CARNELUTTI, Francesco. Sistema de Derecho Procesal Civil. Barcelona – España. Editorial Ejea. 1942.
19. CALAMANDREI, Piero. Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares. Buenos Aires – Argentina. Editorial Bibliográfica Argentina. 1945.
20. CAROCCA PÉREZ, Alex. Garantía Constitucional de la Defensa Procesal. Barcelona - España. Editorial Bosch. 1998.
21. CARRERAS, Jorge. El embargo de bienes. Barcelona – España. Editorial Bosch. 1957.

22. CARRIÓN LUGO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Civil. Editora Jurídica Grijley. Lima-Perú. Volumen V. 2009.
23. CARRIÓN LUGO, Jorge. Análisis del Código Procesal Civil. Lima - Perú. Editorial Cultural Cuzco S.A. 1994.
24. CASARES, Julio. Diccionario Ideológico de la Lengua Española. Barcelona – España. Editorial Gustavo Gili S.A. 1985.
25. CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Instituciones del Derecho Civil: Los Derechos Reales. Lima – Perú. Editorial Gaceta Jurídica. Tomo I.
26. CORTÉZ GIMÉNEZ, Eduardo. Enciclopedia Jurídica Ameba. Buenos Aires - Argentina Editorial Driskill S.A. 1984.
27. CORRIPIO BRUGUERA, Fernando. Diccionario Etimológico General de la Lengua Castellana. Barcelona – España. Editorial Herder. 1983.
28. COUTURE, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires - Argentina. Editorial Depalma. 1993.
29. COUTURE, Eduardo. Introducción al Estudio del Proceso Civil. Buenos Aires - Argentina. Ediciones Arayú. 1988.
30. COVIELLO, NICOLÁS. Doctrina General del Derecho Civil. Traducción de Felipe de J. Tena. México D.F. Editorial Unión Tipográfica Hispanoamericana. 1938.
31. CHAMORRO BERNAL, Francisco. La Tutela Judicial Efectiva. Barcelona - España. Editorial Bosch. 1994.
32. CHIOVENDA, Giuseppe. Instituciones del Derecho Procesal Civil. Madrid - España. Editorial Bookseller. 1998.

33. CHIOVENDA, José. Principios del Derecho Procesal Civil. Madrid – España. Editorial Reus. 1977.
34. DE LA COLINA, Salvador. Derecho y Legislación Procesal: Materia Civil y Comercial. Buenos Aires – Argentina. Editorial Lajouane. 1996.
35. DÍAZ, Clemente A. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires – Argentina. Editorial Heliasta S.R.L. 1992. Tomo II-A.
36. DIEZ – PICAZO, Luis y Antonio Gullón. Sistema de Derecho Civil. Madrid – España. Editorial Tecnos. 8ª Edición. 1992.
37. DIEZ – PICAZO, Luis. La Prescripción. Madrid – España. Editorial Tecnos. 8ª Edición. 1992.
38. EISNER, Isidoro. Ponencia sobre la Perención de Instancia y el Impulso Procesal. Buenos Aires – Argentina. Editorial Astrea. 1983.
39. ENNECCERUS, Ludwig. Tratado de Derecho Civil. Madrid – España. Editorial Bosch. 1970. Tomo I. Parte II. Volumen II.
40. FALCÓN, Enrique. Manual de Derecho Procesal. Buenos Aires- Argentina. Editorial Astrea. Tomo II. 2005.
41. FAZZALARI, autor citado por Eugenia Ariano Deho en Problemas del Proceso Civil. Lima - Perú. Editorial Jurista Editores. 2003.
42. FENECH, Miguel. Citado por Eugenia Ariano Deho en Problemas del Proceso Civil. Lima - Perú. Editorial Jurista Editores. 2003.
43. FENOCHIETTO, Carlos E. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: Comentado, Anotado y Concordado con los Códigos Provinciales. Buenos Aires – Argentina. Editorial Astrea. 2001.

44. FENOCHIETTO, Carlos Eduardo y Roland Arazi. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y concordado. Buenos Aires – Argentina. Editorial Astrea. 2003.
45. FERRERO COSTA, Augusto. Tratado de Derecho Civil. Lima - Perú. Editorial de la Universidad de Lima. 1994.
46. FORNACIARI, Mario Alberto. Análisis Teórico Práctico del Derecho Procesal Civil: Modos Anormales de Terminación del Proceso. Buenos Aires - Argentina. Editorial Depalma. 1991.
47. GARCÍA AMIGO, Carlos. Instituciones de Derecho Civil: Parte General. Madrid - España. Editorial de Derecho Reunidas. 1996.
48. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Batalla por las Medidas Cautelares. Madrid - España. Editorial. Civitas. 1992.
49. GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo citado por PÉREZ RÍOS, Carlos Antonio en su Tesis del Estudio integral de las medidas cautelares en el proceso civil peruano. Lima – Perú. 2010.
50. GIMENOS SENDRA, Vicente con ASECIO MELLADO, José María con LÓPEZ FRAGOSO-ALVAREZ, Tomás con ORTELLS RAMOS, Manuel con PEDRAZ PENALVA, Ernesto. Proceso Civil Práctico. Tomo IX. 3ra Edición. La Ley. Madrid –España. 2008.
51. GOLDSCHMIDT, James. Derecho Procesal Civil. Barcelona – España. Editorial Labor. 1936.
52. GONZÁLES PÉREZ, Jesús. El Derecho a la Tutela Jurisdiccional. Madrid-España. Editorial Civitas. 1989.
53. GUASP, Jaime. Derecho Procesal Civil. Madrid - España. Editorial Civitas. 1998.
54. HERNÁNDEZ LOZANO, Carlos A. Proceso Cautelar. Lima - Perú. Editorial Ediciones Jurídicas. 3ra. Edición. 2000.
55. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. Las Excepciones en el Proceso Civil: Doctrina y Jurisprudencia. Lima - Perú. Editorial Forenses. 1997.



56. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. El Embargo y Otras Medidas Cautelares. Lima - Perú. Editorial San Marcos. 1998.
57. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. Comentarios al Código Procesal Civil. Tomo III. Editorial Idemsa. Lima – Perú. 2010.
58. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. Derecho Procesal Civil Proceso Cautelar, Tomo X, Jurista Editores. Lima – Perú. 2011.
59. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. El Embargo y Otras Medidas Cautelares. Editorial San Marcos. Lima-Perú.
60. HOYOS HENRECHSON, Francisco. Temas Fundamentales de Derecho Procesal. Editorial Jurídica de Chile. Primera Edición 1987. Santiago de Chile-Chile.
61. HURTADO REYES, Martín Alejandro. Apuntes de las Medidas Cautelares en el Proceso Civil. Lima - Perú. 2000.
62. HURTADO REYES, Martín. Tutela Jurisdiccional Diferenciada. Lima - Perú. Editorial Palestra Editores. 2006.
63. HURTADO REYES, Martín. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Lima – Perú. Editorial IDEMSA. 2009.
64. JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. Lima – Perú. Editorial Studium. 1985. Tomo II – Volumen 1.
65. KIELMANOVICH, Jorge L. Medidas Cautelares. Buenos Aires - Argentina. Editorial Rubinzal - Culzoni. 2000.
66. KIELMANOVICH, Jorge L. Medidas Cautelares. Buenos Aires - Argentina. Editorial Rubinzal - Culzoni. 2004.
67. LA ROCHE HENRIQUEZ, Ricardo. Medidas Cautelares. Madrid - España. Editorial Centro de Estudios Jurídicos. 1999.

68. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Ejecutorias. Cuzco. 1995. Tomo 3.
69. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Jurisprudencia Actual. Tomo III. Lima – Perú. Editorial Cuzco. 1996.
70. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Ejecutorias. Cuzco. 1996. Tomo 4.
71. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Jurisprudencia Actual, Lima - Perú, 2005, Tomo 6.
72. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Jurisprudencia Actual. Editorial Gaceta Jurídica. Tomo 3.
73. LEDESMA NARVAEZ, Marianella. Comentarios al Código Proceso Civil. Lima – Peru. Editorial Gaceta Jurídica. 2008. Tomo 3.
74. LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil. Lima - Perú. Editorial Gaceta Jurídica. 1999. 3ra. Edición. Tomo VIII.
75. LOUTAYF RANEA, Roberto, citado por la Academia de la Magistratura. Tratado de las Medidas Cautelares. Editorial Jurídica Panamericana S.R.L. Buenos Aires – Argentina.
76. MARTINEZ BOTOS, Raúl. Medidas Cautelares. Editorial Universo. Buenos Aires - Argentina. 1990.
77. MARTEL CHANG, Rolando A. Tutela Cautelar y Medidas Autocompositivas en el Proceso Civil. Lima - Perú. Editorial Palestra. 2003.
78. MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Buenos Aires – Argentina. Editorial EJE. 1979. Tomo II.
79. MONROY GALVEZ, Juan. Temas de Proceso Civil. Ediciones Librería Studium. Lima- Perú. 1987.
80. MONROY GALVEZ, Juan. En sección Economía y Derecho del Diario Oficial “El Peruano” de fecha 10 de Setiembre de 1993.

81. MONROY GÁLVEZ, Juan, citado por Wilvelder Zavaleta Carruitero en Código Procesal Civil Comentado. Lima - Perú. Editorial Rodhas. 2002.
82. MONROY PALACIOS, Juan José. Bases para la formación de una Teoría Cautelar. Lima – Perú. Editorial Industria Gráfica.
83. MONROY PALACIOS, Juan José. La Tutela Procesal de los Derechos. Editorial Palestra. Lima-Perú. 2004.
84. MONTENEGRO CANNON, Marcela. La Cautela em El Proceso Civil Peruano, Gráfica Horizonte. Lima-Perú. 2000.
85. MONTERO AROCA, Juan. Derecho Jurisdiccional II Proceso Civil. Valencia –España. Editorial Tirant Lo Blanch. 2008.
86. MONTERO Aroca, Juan. El Nuevo Proceso Civil Ley 1/2000. Editorial Tirant to Blanch. Valencia-España. 2000.
87. NÉSTOR DE LÁZZARI, Eduardo. Medidas Cautelares. Editorial Platense. La Plata - Argentina. 1989.
88. NORO VILLAGRA, Jorge. Las Medidas Cautelares. La Plata - Argentina. Editorial Platense. 2001.
89. OBANDO BLANCO, Víctor Roberto. El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva en la Jurisprudencia. Palestra Editores. Lima – Perú. 2002.
90. OBANDO BLANCO, Víctor Roberto. Procedimiento Cautelar en el Proceso Civil. Lima - Perú. Editorial Jurista Editores. 2003.
91. OBANDO BLANCO, Víctor Roberto. El Proceso Civil y el Derecho Fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva en la Jurisprudencia. Ara Editores. Lima – Perú. 2011.
92. ORTELLS RAMOS, Manuel y Calderón Cuadrado, María Pía. La Tutela Judicial Cautelar en el Derecho Español. Editorial Comares. Granada. 1996.

93. PALACIO LINO, Enrique. Derecho Procesal Civil. Tomo VIII. Buenos Aires - Argentina. Editorial Abeledo Perrot. 1992.
94. PELÁEZ BARDALES, Mariano. Proceso Cautelar. Lima - Perú. Editorial Grijley. 2005.
95. PÉREZ RÍOS, Carlos Antonio. Tesis del Estudio integral de las medidas cautelares en el proceso civil peruano. Lima – Perú. 2010. Unidad de Posgrado de la facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
96. PÍA CALDERÓN, María. Las Medidas Cautelares. Citada por Mariano Peláez Bardales en el Proceso Cautelar. Lima - Perú. Editorial Grijley. 2005.
97. PODETTI, J. Ramiro. Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral: Tratado de los Actos Procesales. Buenos Aires – Argentina. Editorial Ediar. Tomo II. 1956.
98. PODETTI, Ramiro. Tratado de la Medidas Cautelares. Editorial Ediar. 1956.
99. POTHIER, R.J. Tratado de las Obligaciones. Buenos Aires – Argentina. Editorial Heliasta S.R.L. 1978.
100. PRIORI POSADA, Giovanni F. La tutela cautelar, su configuración como derecho fundamental. Ara Editores. Lima – Perú. 2006.
101. REMO CAPONI. Derecho Procesal Civil Estudios, Ius Et Veritas. Jurista Editores. Lima-Perú. 2009.
102. RETAMOZO LINARES, José Alberto. Jurisprudencia Civil. Tomo II. Lima –Perú. Editorial Fecat.
103. REVOREDO MARZANO DE MUR, Delia. Código Civil Peruano. Lima – Perú. 1985. Parte I. Tomo II.
104. RIVAS ADOLFO, Armando. Las medidas cautelares en el Derecho Peruano. Jurista Editorial. Lima-Perú. 2005.

- 105.** RIVERO HERNÁNDEZ, J. Elementos del Derecho Civil. Madrid – España. Editorial Dykinson. Tomo I.
- 106.** ROCA SASTRE, Ramón M<sup>a</sup> y Luis Roca - Sastre Muncunill. Derecho Hipotecario. Barcelona – España. Editorial Bosch. 1979. 7<sup>a</sup> Edición. Tomo IV.
- 107.** ROCCO, Ugo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires – Argentina. Editorial Depalma. 1977.
- 108.** ROCCO, Ugo citado por PÉREZ RÍOS, Carlos Antonio en su Tesis del Estudio integral de las medidas cautelares en el proceso civil peruano. Lima – Perú. 2010.
- 109.** SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil Argentino. Buenos Aires – Argentina. Editorial Salvat. 1956.
- 110.** SARAZÁ JIMENA, Rafael. Doctrina Constitucional aplicada en materia Civil y Procesal Civil. Madrid - España. Editorial Civitas. 1994.
- 111.** SATTA, Salvatore. Manual de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires – Argentina. Editorial Ejea. 1971.
- 112.** SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil. Barcelona - España. Editorial Bosch. 2001.
- 113.** SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. Teoría General de las Medidas Cautelares - Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil. Barcelona - España. Editorial Bosch. 1974.
- 114.** SOSPEDRA NAVAS, Francisco José (2004). Práctica del Proceso Civil, Tomo I Cuestiones Generales. Editorial Thomson Civitas. Madrid-España.
- 115.** TARAMONA H. José Rubén. Derecho Procesal Civil: Teoría General del Proceso. Lima - Perú. Editorial Huallaga. 1996.

- 116.** TICONA POSTIGO, Víctor. Análisis y Comentarios al Código Procesal Civil. Lima – Perú. Editorial Grijley. 1996. Tomo I. 3ra. Edición.
- 117.** VECINA SIFUENTES, J. Las Medidas Cautelares en los Procesos ante el Tribunal Constitucional. Editorial Colex. Madrid - España. 1993.
- 118.** ZAVALETA CARRUITERO, Wilvelder. Código Procesal Civil Comentado. Lima - Perú. Editorial Rodhas. 2002.

## **REVISTAS**

- 119.** Revista 1810. CARLOS, Eduardo B. Universidad Nacional del Litoral. Santa Fe – Belgrano. N.º 6. 1941. De los Modos Anormales de Conclusión del Juicio y de Acción de Jactancia.
- 120.** “DIRECTUM: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Federico Villarreal”. CASTAÑEDA, Jorge E. y Otros. Lima - Perú. Editorial Universidad Nacional Federico Villarreal. 2000.
- 121.** Editorial Revista del Proceso. 1995. El Proceso Cautelar. VERDE, Giovanni. Sao Paulo - Brasil.
- 122.** Editorial Revista de Derecho Privado. 1948. Instituciones del Derecho Procesal Civil. CHIOVENDA, Giuseppe. Madrid – España.
- 123.** Revista Peruana de Derecho Procesal. Lima - Perú. 1997. Las Medidas Cautelares en el ámbito de la Comunidad Europea, Los Tribunales Constitucionales y el Mercosur. CONSTANTINO, Juan Antonio.
- 124.** Revista IUS ET VERITAS N.º 29, Jurisprudencia Argentina. Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú – Facultad de Derecho. 2005.

## **BIBLIOGRAFÍA NACIONAL COMPLEMENTARIA**

- 125.** Casación N.º 2333-99 LA LIBERTAD. Fecha de Publicación: 30-11-2000.
- 126.** Diario Oficial El Peruano, de fecha dos de marzo del dos mil dos. Páginas 218664 y 218665.
- 127.** Diccionario Jurídico del Poder Judicial. Lima – Perú. 2005.
- 128.** Expediente N.º1199-2002-AA/TC.
- 129.** Resolución del Tribunal Registral N.º 117-2002-ORLC-TR. Registro de Propiedad Inmueble de Lima. Acto Inscribible: Anotación de Demanda. Publicada el 14-03-2002.
- 130.** Resolución del Tribunal Registral N.º 018-2002-ORLC-TR. Registro de Propiedad Inmueble de Lima. Acto Inscribirle: Anotación Preventiva de Resolución Judicial. Publicada el 03-02-2002.
- 131.** Resolución del Tribunal Registral N.º 079-2002-ORLC-TR. Registro de Propiedad Inmueble de Huancayo. Acto Inscribible: Cancelación de Medida Cautelar. Publicada el 02-03-2002.

## **LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA EXTRANJERA COMPLEMENTARIA**

- 132.** CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE ARGENTINA.
- 133.** CÓDIGO DE PROCESO CIVIL DE BRASIL.
- 134.** CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE COLOMBIA.
- 135.** CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE CHILE.
- 136.** CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE EL SALVADOR.

137. CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE FRANCIA.

138. CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE MÉXICO.

139. CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE PARAGUAY.

140. CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO DE URUGUAY.

141. CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE VENEZUELA.

142. Jurisprudencia del Tribunal Supremo de España (1ª SALA). Sentencia del 25 de setiembre de 1990.

143. LEY DE PROCEDIMIENTO CIVIL, ADMINISTRATIVO Y LABORAL DE CUBA.

144. NUEVA LEY 1/2000 DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE ESPAÑA.

#### **PÁGINAS INTERNET**

145. <http://www.monografias.com/trabajos15/medidas-cautelares/medidas-cautelares.shtml>

146. [http://www.cybertesis.edu.pe/sisbib/2010/perez\\_rc/pdf/perez\\_rc.pdf](http://www.cybertesis.edu.pe/sisbib/2010/perez_rc/pdf/perez_rc.pdf)